

Kravet til arbeidets hyppighet og omfang for rett til opptjening etter arbeidsmiljølovens § 14-9 (5)



Universitetet i Oslo
Det juridiske fakultet

Kandidatnummer: 532
Leveringsfrist: 26.04.10

Til sammen 14 092 ord

25.04.2010

Innholdsfortegnelse

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| <u>1</u> | <u>INNLEDNING</u> | <u>1</u> |
| 1.1 | Tema, aktualitet og problemstilling | 2 |
| 1.1.1 | Avgrensning | 3 |
| 1.1.2 | Forutsetninger | 5 |
| 1.2 | Definisjoner | 5 |
| 1.2.1 | Arbeidstaker og arbeidsgiver | 5 |
| 1.2.2 | Midlertidig ansettelse | 6 |
| <u>2</u> | <u>OM MIDLERTIDIG ANSETTELSE</u> | <u>6</u> |
| 2.1 | Historikk | 6 |
| 2.1.1 | Den ulovfestede lære | 10 |
| 2.1.2 | Forholdet til Tjenestemannsloven | 12 |
| <u>3</u> | <u>KRAVET TIL SAMMENHENG FOR OPPTJENING ETTER FIREÅRSREGELEN</u> | <u>14</u> |
| 3.1 | Vilkår for midlertidig ansettelse etter fireårsregelen. | 15 |
| 3.2 | Om kravet til ”sammenheng” | 16 |
| 3.3 | Vilkår om hyppighet og omfang? | 17 |
| 3.3.1 | Om begrepet ”hyppighet” | 18 |
| 3.3.2 | Om begrepet ”omfang” | 26 |
| 3.3.3 | Særlig om omfangskravet som isolert vilkår | 29 |
| 3.3.4 | Grensene mot diskrimineringsbestemmelsene i Arbeidsmiljølovens kapittel 13 | 30 |
| 3.4 | Hvilke grenser knyttet til hyppighet og omfang kan utledes av Sykehuset Innlandet- | |
| dommen | | 31 |
| 3.5 | To selvstendige vilkår? | 32 |

| | | |
|-----------------|---|------------------|
| 3.6 | Forholdet mellom hyppighetskravet og omfangskravet | 34 |
| 3.7 | Vektingen mellom hyppighetskravet og omfangskravet | 34 |
| 3.8 | Betydningen av reglene om fradrag for vurderingen av omfangs og hyppighetskravet | 36 |
| 3.9 | Typetilfeller | 39 |
| 3.9.1 | Betydningen av praksisarbeid | 39 |
| 3.9.2 | Betydningen av deltidsstilling for opptjening etter § 14-9 (5) | 44 |
| <u>4</u> | <u>OPPSUMMERING OG AVSLUTNING</u> | <u>48</u> |
| <u>5</u> | <u>KILDER</u> | <u>51</u> |
| 5.1 | Litteraturliste | 51 |
| 5.2 | Lovregister | 51 |
| 5.3 | Direktiv | 51 |
| 5.4 | Forarbeider | 52 |
| 5.5 | Rettspraksis | 53 |
| 5.5.1 | Høyesterettsdommer | 53 |

1 Innledning

Denne oppgaven vil ta for seg hvilke minstekrav som stilles til arbeidets hyppighet og omfang i midlertidige stillinger for at man skal kunne opptjene rettigheter til fast ansettelse etter arbeidsmiljølovens § 14-9 (5).

Etter tall fra Statistisk Sentralbyrå fremgår det at det i dagens arbeidsmarked foreligger utstrakt bruk av midlertidige ansatte¹, selv om arbeidsmiljølovens klare hovedregel er at arbeidstakere skal ansettes i fast og tidsubegrenset stilling². I 2009 var det i Norge ansatt ca 200 000 arbeidstakere i midlertidige stillinger. Av disse var ca 13 % ansatt i stilling som ”ekstrahjelp”, ”tilkallingsvakt” eller liknende.

I forbindelse med at den nye arbeidsmiljøloven av 2005 trådte i kraft, ble bestemmelsene knyttet til reguleringen av midlertidig ansettelse videreført fra den gamle arbeidsmiljøloven av 1977. De fleste av disse bestemmelsene var videreføringer av eksisterende bestemmelser fra den gamle loven, men også helt nye bestemmelser er inntatt i loven av 2005. Den såkalte ”fireårsregelen”³ er et eksempel på ny bestemmelse inntatt i arbeidsmiljøloven av 2005.

Tilblivelsen av denne bestemmelsen bærer preg av politisk tautrekking⁴, og veien fra den første gang ble foreslått til den ble endelig vedtatt har vært lang. Siden regelen er av såpass ny dato foreligger det per tiden lite rettspraksis knyttet til denne, og forarbeidene setter i liten grad rammer for bestemmelsen omfang. Dette medfører at flere vurderinger knyttet til

¹ Prop. L 104 (2009-2010) s. 1

² Arbeidsmiljøloven § 14-9 (1)

³ Arbeidsmiljøloven § 14-9 (5)

⁴ Se pkt. 2.1

vilkårene som oppstilles for rett opptjening etter fireårsregelen fremstår som uklare. Dette inkluderer også rekkevidden av bestemmelsen.

Siden bruken av midlertidig ansettelse er utbredt, vil det være av vesentlig betydning både for arbeidsgivere og arbeidstakere i større grad å kunne klarlegge grensen for når bestemmelsens vilkår anses oppfylt. Dette er av særlig betydning blant annet for ansatte innenfor helsesektoren, hotell og restaurantbransjen samt undervisningssektoren, hvor midlertidige ansettelser anvendes i langt større grad enn i de fleste andre områder i dagens arbeidsmarked⁵.

1.1 Tema, aktualitet og problemstilling

Når det gjelder fireårsregelen man finner i § 14-9 (5) 2. og 3. setning har det ikke vært noen omfattende prøving av denne bestemmelsen i rettsapparatet, heller ikke hvilke generelle grenser som gjelder kravene for å opptjene rettigheter etter denne bestemmelsen er uttrykkelig fastslått.

Ordlyden i bestemmelsen lyder:

”Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse. Dette gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e”.

Som det fremgår av bestemmelsens ordlyd settes det vilkår om at arbeidstaker må ha vært ”sammenhengende midlertidig ansatt” for å kunne opptjene rett til fast ansettelse etter fireårsregelen.

⁵ Prop. 104 L (2009-2010) s. 1

Denne oppgavens problemstilling er å drøfte hvilke krav som stilles til omfang og hyppighet for arbeidsforhold i samsvar med arbeidsmiljølovens § 14-9(1) a og b for å opptjene rettigheter etter fireårsregelen. I denne fremstillingen forutsettes det at det i sammenhengskravet i fireårsregelen implisitt foreligger et krav om at arbeidsforhold må være av et visst omfang og hyppighet for å kunne opptjene rettigheter etter bestemmelsen, noe som vil bli redegjort for under i punkt 3.

1.1.1 Avgrensning

Denne avhandlingen vil i all hovedsak undersøke kravet til stillingens omfang og hyppighet, for arbeidsforhold etter § 14-9 (1) a og b i relasjon til sammenhengskravet i fireårsregelen.

Når det gjelder adgangen til fradrag i arbeidsforholdet, og hvilke fradrag som eventuelt skal kunne gjøres vil ikke være tema som blir problematisert. Slikt fradrag vil i denne sammenheng gjelde hvorvidt arbeidstakers fravær skal trekkes fra den totale ansettelsestiden arbeidstakeren har vært ansatt. Dette vil være av betydning for hvorvidt den totale arbeidsperioden har vært på over fire år, slik loven stiller vilkår om for opptjening av rett til fast ansettelse etter fireårsregelen.

Det vil på den andre siden kort redegjøres for hvilke hensyn som gjøres gjeldende ved vurderinger knyttet til fradragsadgangen i § 14-9 (5) i den hensikt å belyse hensynene som også vil være aktuelle for vurderinger knyttet til omfangs- og hyppighetskravet.

Avhandlingen vil dessuten i hovedsak ta klart utgangspunkt i arbeidsmiljølovens bestemmelser, mens det vil for enkelte temaer også være relevant å trekke frem bestemmelser i tjenestemannsloven. I de tilfeller hvor dette gjøres har det til hensikt å belyse drøftelser knyttet til arbeidsmiljølovens bestemmelser. Problemstillinger som knytter seg direkte til tjenestemannslovens bestemmelser vil ikke bli omhandlet i denne avhandlingen.

Som det fremgår av avhandlingens tittel er det kravet til *omfang* og *hyppighet* for opptjening etter § 14-9 (5) som skal drøftes. Dette medfører at selve adgangen til midlertidig ansettelse etter § 14-9 (1) ikke vil være tema for inngående drøftelser i denne oppgaven. Dog vil det være naturlig å kort omtale adgangen til midlertidig ansettelse, uten at dette vil problematiseres. Arbeidsforhold etter § 14-9 (1) bokstav c, d og e, og hvor det ikke foreligger noen andre tilsetningsformer ut over dette, vil heller ikke være direkte relevant for oppgaven, da det etter lovendringen av juni 2009 fremgår direkte av lovens ordlyd at disse ikke omfattes av reglene i § 14-9 (5).

Arbeidsforhold som reguleres av såkalte ”åremålskontrakter” faller utenfor oppgavens tema⁶.

Videre fremgår det av avhandlingens tema at det er vilkårene i *arbeidsmiljølovens* § 14-9 (5) som skal behandles. Dette medfører at midlertidig ansettelse i staten ikke vil bli problematisert i denne avhandlingen. For statlige ansatte reguleres adgangen til midlertidig ansettelse, og tidsbegrensningen av slik midlertidig ansettelse, av egne bestemmelser i tjenestemannsloven. I tjenestemannslovens §§ 9 og 10 finner man bestemmelsene som omhandler retten til fast ansettelse som følge av midlertidig ansettelse.

Disse reglene vil ikke bli ytterligere behandlet annet enn der dette har den hensikt å peke på særlige forhold i arbeidsmiljølovens § 14-9 (5). Reglene i arbeidsmiljølovens § 14-9 (5) har sitt utspring i tjenestemannslovens bestemmelser, og det kan derfor i noen tilfeller være relevant å trekke paralleller. Sammenhengen mellom arbeidsmiljølovens og tjenestemannslovens bestemmelser og betydningen av dette vil bli redegjort for pkt 2.

Dette medfører videre at andre særlover som regulerer ansettelsesforhold, herunder midlertidig ansettelse, ikke vil falle inn under oppgavens tema. Dette gjelder blant annet Opplæringslova m.m.

⁶ Arbeidsmiljølovens § 14-10

Rettsvirkningene som følge av at rettigheter til fast stilling vil ikke være tema for drøftelser i denne oppgaven. Dette innebærer også spørsmålet om hvilken stilling arbeidstaker eventuelt har opptjent rett til.

1.1.2 Forutsetninger

Det forutsettes i denne oppgaven at det for alle tilfeller er snakk om *arbeidstaker* og *arbeidsgiver* i arbeidsmiljølovens forstand. Problemstillinger knyttet til hvorvidt en arbeidstaker faller innenfor arbeidstakerbegrepet i lovens forstand vil ikke være tema for drøftelser. Tilsvarende gjelder arbeidsgiverbegrepet.

1.2 Definisjoner

1.2.1 Arbeidstaker og arbeidsgiver

Arbeidstakerbegrepet er legaldefinert i § 1-8⁷. Her heter det at ”*med arbeidstaker menes i denne lov enhver som utfører arbeid i annens tjeneste*”. Arbeidstakerbegrepet er forankret både i juridisk teori og i rettspraksis. Av disse fremgår det at terskelen for å bli ansett som arbeidstaker, og dermed få det vernet arbeidsmiljøloven gir, er lav.

Når det gjelder arbeidsgiverbegrepet er også dette definert i lovens § 1-8; ”Med arbeidsgiver menes i denne lov enhver som har ansatt arbeidstaker for å utføre arbeid i sin tjeneste. Det som i denne lov er bestemt om arbeidsgiver, skal gjelde tilsvarende for den som i arbeidsgivers sted leder virksomheten”.

⁷ Arbeidsmiljølovens § 1-8

1.2.2 Midlertidig ansettelse

Midlertidig ansettelse er som det fremgår av ordlyden en ansettelse for en midlertidig periode. I utgangspunktet skal ansettelse være fast⁸, men loven hjemler en snever adgang til å ansette arbeidstaker i en midlertidig stilling. Vilåårene for slik ansettelse er positivt opplistet i lovens 1. til 4. ledd. Det er i forarbeidene lagt vekt på at fast ansettelse danner grunnlag for sikkerhet og forutsigbarhet for begge parter i arbeidsforholdet. Videre vektlegges dessuten arbeidstakers behov for trygghet, samt en sikkerhet for saklig og forsvarlig prosess knyttet til opphøret av arbeidsforholdet.⁹

Selve adgangen for midlertidig ansettelse er altså snever, og hjemlet direkte i lovteksten. Selv om det klare utgangspunkt er fast ansettelse, ser man i dag en omfattende bruk av midlertidig ansettelse¹⁰.

2 Om midlertidig ansettelse

2.1 Historikk

For å kunne drøfte bestemmelsene om midlertidig ansettelse på en hensiktsmessig og god måte er det naturlig å ta utgangspunkt i bestemmelsens historikk og hvilke grunnhensyn som har vært gjeldende for tilblivelsen av bestemmelsene.

Fireårsregelen i § 14-9 (5) var ny i 2005 da den ble inntatt i arbeidsmiljøloven. Den eldre loven inneholdt ingen tilsvarende bestemmelse som gir arbeidstaker fullt oppsigelsesvern på lik linje med fast ansatte etter et gitt tidsrom, noe som medførte at arbeidstaker i praksis lovlig kunne bli gående fra et midlertidig ansettelsesforhold til et annet. For at slik løpende midlertidig ansettelse skulle anses lovlig, måtte dette uansett forutsettes at grunnvilkårene

⁸ Arbeidsmiljøloven § 14-9 (1)

⁹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 208

¹⁰ Prop. 104 L (2009-2010) s. 1

for midlertidig ansettelse var tilstede hver gang ny avtale om slik ansettelse inngås. Det har derimot utviklet seg en ulovfestet lære som begrenser adgangen til slik utstrakt og langvarig bruk av midlertidig ansatte.¹¹

Det grunnleggende hensynet bak fireårsregelen var å hindre arbeidstakere fra å bli gående på midlertidige kontrakter over lang tid¹². Det ble ansett som både uheldig og uønsket at arbeidstakere i lengre perioder skulle være i arbeidsforhold med lav forutberegelighet både med hensyn til arbeidsmengde, arbeidsperioder og ikke minst inntekt.

Dersom en arbeidstaker skulle bli gående over lengre perioder på midlertidig ansettelse viser dessuten at det ikke foreligger midlertidige behov for arbeidskraft. Videre var det et klart ønske å i større grad harmonisere bestemmelsene i tjenestemannsloven og arbeidsmiljøloven.¹³

Reglene i tjenestemannslovens §§ 9 og 10 ble brukt som utgangspunkt da tidsbegrensningen i midlertidig ansettelse første gang ble foreslått av Arbeidsmiljølovutvalget i 1992. Dette skjedde i forbindelse med at begrensningene i adgangen til midlertidig ansettelse ble flyttet fra den da eksisterende § 58 nr. 7 i arbeidsmiljøloven til en egen bestemmelse i § 58a. Bestemmelsene i § 58a hadde dog ikke noen begrensning for lengden på midlertidige ansettelsesforhold tilsvarende fireårsregelen. På tross av at reglene om midlertidig ansettelse ble flyttet til § 58a, ble ikke fireårsregelen vedtatt på dette tidspunktet.

Selv om det etter bestemmelsene i arbeidsmiljøloven av 1977 ikke fremgår at man kan gjøre krav på fast ansettelse etter en viss tid som følge av lengre midlertidig ansettelse, har det gjennom rettspraksis utviklet seg en ulovfestet lære som kan gi midlertidig ansatte rett til fast ansettelse dersom gitte vilkår anses oppfylt. Denne læren har primært blitt utviklet

¹¹ Se pkt 2.1.1

¹² NOU 2004:5 s. 303 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 218

¹³ NOU 2004:5 s. 303 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 218

gjennom Statfjorddommen¹⁴ og Ambulansedommen¹⁵. I den senere tid har denne lære blitt stadfestet i Sykehuset Innlandet-dommen¹⁶.

Det er verdt å merke seg at den ulovfestede lære og fireårsregelen er utledet av ulike hensyn, og er å anse som ulike typer regelsett. Felles for disse derimot er at begge kan gi rett til fast ansettelse for arbeidstaker som er midlertidig ansatt, forutsatt oppfyllelse av gitte vilkår.

Departementet var i 1992 positive til Arbeidsmiljølovutvalgets forslag om innføring av en egen fireårsregel ved midlertidig ansettelse, men forslaget ble ikke fremmet i avvente på eventuelle tilpasninger som måtte gjøres til EØS regelverket om atypiske arbeidsforhold¹⁷. Det ble likevel fremmet forslag ved stortingsbehandlingen av komitémedlemmer fra SP, SV og Krf, med tidsbegrensning på tre år. Forslaget lød:

*”Arbeidstaker som har mer enn tre års sammenhengende tjenestetid i virksomheten, anses som fast tilsatt uavhengig av hva den opprinnelige årsaken til at det ble gitt tidsbegrenset arbeidsavtale”.*¹⁸

Dette forslaget ble imidlertid ikke vedtatt.

Grunnlaget for at departementet var avventende til å ta beslutninger på dette området, var at EU arbeidet med modernisering av arbeidsmarkedspolitikken og forbedring av arbeidstakernes arbeidsvilkår i forbindelse med etableringen av det indre marked.

Dette arbeidet resulterte i Rådsdirektiv 97/81/EF og Rådsdirektiv 99/70/EF¹⁹. Førstnevnte er basert på en rammeavtale som er inngått mellom de sentrale europeiske arbeidslivspartene, og den fastsetter prinsipper og minstekrav for midlertidig ansettelse, og

¹⁴ Rt-1989-1116

¹⁵ Rt-2006-1158

¹⁶ Rt-2009-578

¹⁷ Ot.prp. 50 (1993-1994) s. 180 og 168

¹⁸ Innst.O.nr 2 (1994-1995) s. 30

¹⁹ NOU (2004:5) s 177 og 278

har som ett av to formål å forhindre misbruk som følge av flere påfølgende midlertidige ansettelsesforhold. Dette finner man i rammeavtalens art. 1; ”*use of successive fixed-term employment contracts or relationships*”.

Art 5 pålegger medlemslandene å treffe tiltak for å hindre misbruk av påfølgende midlertidige ansettelser.

Av Rådsdirektivet fremgår det at medlemslandene i praksis måtte fatte minst ett av tre mulige tiltak for å forhindre misbruk av midlertidige ansatte. Bland disse tre var følgende tiltak en mulighet: å inngå nasjonale regler som angir ”*den maksimale samlede varighet af flere påhinanden følgende tidsbegrensede ansettelseskontrakter eller arbejdsforhold*”.

Av Ot.prp. nr. 64 (2001-2002) ble det lagt til grunn at den da eksisterende arbeidsmiljølovens § 58a, allerede tilfredstilte hoveddelen av direktivet selv før innføringen av fireårsregelen (jf art. 5 i rammeavtalen).

Samtidig med Arbeidslovsutvalgets arbeid med forslag til ny arbeidsmiljølov, ble forslag om innføringen av fireårsregelen fremsatt²⁰. Denne gangen var det Bondevik-II regjeringen som ønsket å få gjennomført dette lovforslaget, uten å vente på Arbeidslovsutvalgets arbeid. Fireårsregelen ble her brukt som motvekt for forslaget om å utvide adgangen til bruk av midlertidig ansettelse. Selv om det ble argumentert med at fireårsreglen ville gi forutberegnlighet for både arbeidstaker og arbeidsgiver, og forhindre at arbeidstakere ville bli gående på midlertidige kontrakter på ”ubestemt tid”, ble forslaget ikke vedtatt. Under komitebehandling ble det vedtatt at det skulle være opp til Arbeidslovsutvalget å vurdere lovforslaget, og man fikk avvente utvalgets videre arbeid. Dette skjedde med henvisning til budsjettavtalen som forelå mellom regjeringspartiene og Arbeiderpartiet²¹.

Da Arbeidsmiljølovsutvalgets arbeid var ferdig foreslo de nok en gang fireårsregelen slik Bondevik-II regjeringen tidligere hadde gjort. Denne gangen fikk forslaget tilslutning under komitebehandling, og fireårsregelen ble vedtatt med den ordlyd den har nå, med tillegg av endringene som trådte i kraft 1. januar 2010. Fireårsregelen var ikke gjenstand for

²⁰ Ot.prp.nr. 12 (2003-2004)

²¹ Innst.O.nr. 34 (2003-2004) pkt. 2.2

diskusjon eller revisjon under Stoltenberg-IIs endringer arbeidsmiljøloven. På dette tidspunktet var den nye arbeidsmiljøloven som Stoltenberg-II regjeringen endret, ennå ikke trådt i kraft. Siden vedtakelsen av nåværende arbeidsmiljølov har endringer av fireårsregelen har kun funnet sted i 2009, og med mulige foreslåtte endringer i 2010.

2.1.1 Den ulovfestede lære

Utgangspunktet for den ulovfestede lære som har sitt utspring i Statfjord-dommen og Ambulanse-dommen, er at det i visse tilfeller kan kreves fast ansettelse på bakgrunn av en lovlig midlertidig ansettelse.

I premiss 44 i Sykehuset Innlandet-dommen uttales det følgende vedrørende den ulovfestede lære, som har utgangspunkt disse dommene:

”I Statfjorddommen er det lagt til grunn at det i visse, særlige tilfeller går en grense for hva som kan avtales av fortløpende vikariater uten at arbeidstakeren nyter godt av det stillingsvern som er knyttet til fast ansettelse. I denne saken var det et meget stort fravær blant de arbeidstakere den midlertidige ansatte kunne vikariere for, fraværsprosenten var stabil og til enhver tid påregnelig for bedriften, og bedriften hadde et stort antall ansatte - 320 stillinger på ett tidspunkt, senere 210 stillinger. Høyesterett fremhevet at den midlertidig ansatte fast, og over lang tid, hadde fylt et generelt, stort vikarbehov for bedriften, og at det ikke forelå særegne forhold som tilsa at dette arbeidskraftbehovet måtte dekkes av vikar uten fast ansettelse.”

I premiss 45 uttales det i forhold til Ambulansedommen følgende:

”I ambulansedommen er det understreket at det normalt er for noe større bedrifter med noenlunde jevnt og forutsigbart behov for vikarer at det kan være et alternativ å dekke et fast arbeidskraftbehov ved økt grunnbemanning av fast ansatte i stedet for ved vikariater.”

Dette medfører at stillinger som er lovlig inngått som midlertidige stillinger, etter en periode kan gå over fra å være tidsbegrenset til å bli tidsubegrenset dersom det kan godtgjøres at det i realiteten er et varig behov for arbeidskraft som løpende dekkes av slike midlertidige ansettelser. I motsetning til den nye fireårsregelen som oppstiller et klart tidsmessig vilkår (her: fire år), kan fast ansettelse på grunnlag av den ulovfestede lære inntreffe også før fire år er gått.

Vedrørende forholdet mellom den ulovfestede lære og bestemmelsene i den nye fireårsregelen uttales det i premiss 46 til 48 i Sykehuset Innlandet-dommen følgende:

”De nevnte dommer gjelder arbeidsforhold forut for ikrafttredelsen av fireårsregelen. Det kan reises spørsmål om den ulovfestede lære har mistet sitt rasjonale etter innføringen av bestemmelsen.

Forarbeidene til fireårsregelen har ingen uttalelser som tilsier at den ulovfestede lære skal erstattes av fireårsregelen. Læren har praktisk betydning ved siden av fireårsregelen fordi den kan gi grunnlag for fast ansettelse før fire år er gått, slik tilfellet var i Statfjorddommen. Som fremhevet i Jakhelln og Aune, arbeidsrett.no, kommentarer til arbeidsmiljøloven § 14-9, note 4 angir fireårsregelen derfor ikke mer enn den maksimale tiden for midlertidige ansettelser. I tråd med tidligere rettspraksis vil en arbeidstaker fortsatt kunne bli ansett som fast ansatt fra et tidligere tidspunkt.

Selv om fireårsregelen ikke har som formål å begrense rettigheter etter den ulovfestede lære, er det ikke noe i rettskildesituasjonen som tilsier at læren nå bør videreutvikles”.

Dette tyder på at selv om fireårsregelen nå er inntatt som lovfestet bestemmelse, har den ikke til hensikt å innskrenke de rettigheter som midlertidige ansatte allerede har gjennom den ulovfestede lære som har utviklet seg.

2.1.2 Forholdet til Tjenestemannsloven

Som nevnt over var en harmonisering mellom regelverket i Tjenestemannsloven og Arbeidsmiljøloven en av begrunnelsene for at fireårsregelen ble foreslått inntatt i Arbeidsmiljøloven.

I tjenestemannslovens § 9 og § 10 finner man reglene for det såkalte ”sterke” og ”svake” oppsigelsesvernet. Det er her motstykket til arbeidsmiljølovens bestemmelse kommer til uttrykk i tjenestemannsloven.

Av tjenestemannslovens § 9 første ledd heter det at

”fast tilsatt tjenestemann med mindre enn to års sammenhengende tjeneste og midlertidig tilsatt tjenestemann med mindre enn fire års sammenhengende tjeneste kan sies opp fra sin stilling når det har saklig grunn i virksomhetens eller tjenestemannens forhold.”

Videre heter det i § 10 første ledd at

”fast tilsatt tjenestemann med mer enn to års sammenhengende tjeneste og midlertidig tjenestemann med mer enn fire års sammenhengende tjeneste kan sies opp med seks måneders frist når stillingen inndras eller arbeidet faller bort”.

Som vi ser av dette fremgår det av tjenestemannslovens bestemmelser at fireårsreglene, i motsetning til i arbeidsmiljøloven, kommer til uttrykk gjennom oppsigelsesvernet.

Dette gjenspeiles dog i arbeidsmiljøloven ved ordlyden ”Arbeidstaker som har vært sammenhengende midlertidig ansatt i mer enn fire år etter første ledd bokstav a og b, skal anses som fast ansatt slik at reglene om oppsigelse av arbeidsforhold kommer til anvendelse”, men bestemmelsen er allikevel plassert under kapittelet i arbeidsmiljøloven som omhandler bestemmelser knyttet til selve ansettelsesforholdet.

Som rettskildefaktor har bestemmelsene i Tjenestemannsloven verdi når det gjelder problemstillinger knyttet til fireårsregelen, da harmoniseringen mellom disse regelsettene er deler av bakgrunnen for tilblivelsen av fireårsregelen.

På den andre siden må det presiseres at det i praksis for mange tilfeller vil være unaturlig å se på vurderinger som er gjort knyttet til Tjenestemannslovens bestemmelser for vurderinger av fireårsregelen. Dette gjelder særlig fordi ansettelse etter Tjenestemannsloven og Arbeidsmiljøloven i praksis kan fremstå som svært ulike.

Der det etter Tjenestemannslovens bestemmelser er vanlig at arbeidstaker blir tilsatt i tidsbestemte arbeidskontrakter på 1-6 måneder fremfor tilkalling på timesbasis²², finnes det ulike typer tilknytningsformer i langt større utstrekning for midlertidige arbeidsforhold regulert av Arbeidsmiljøloven.

Dette gjør at det foreligger lite, eller ingen, relevant praksis fra Tjenestemannsloven for vurderinger knyttet til minstekravene som oppstilles for opptjening av rettigheter etter fireårsregelen.

²² Søreide (2009)

3 Kravet til sammenheng for opptjening etter fireårsregelen

Hovedregelen for arbeidsforhold etter arbeidsmiljøloven er at arbeidstaker skal ansettes fast, det vil si for et ubestemt tidsrom. Denne regelen kommer til uttrykk gjennom § 14-9 (1), hvor ordlyden lyder ”*arbeidstaker skal ansettes fast*”. Dette er et grunnleggende prinsipp i arbeidsretten, og bygger videre på hovedregelen fra den gamle arbeidsmiljøloven.

Av forarbeidene fremgår det at fireårsregelen ikke skal ha innvirkning på selve adgangen til å inngå midlertidige ansettelser, men skal sikre arbeidstakere sterkere rettsvern for de tilfeller hvor rettigheter etter denne bestemmelsen opptjenes. Bestemmelsen er ment som et tillegg til den ulovfestede lære²³, ikke innskrenkning eller endring av den praksis som allerede er knyttet til denne.

Selv om fast ansettelse er det klare utgangspunkt for ansettelse i arbeidsforhold som reguleres av arbeidsmiljølovens bestemmelser, åpner § 14-9 (1) andre setning for et unntak fra denne hovedregelen forutsatt gitte vilkår. Her heter det at ”*avtale om midlertidig ansettelse kan likevel inngås*”. Videre er det i bokstav a til e positivt opplistet tilfeller hvor det kan gjøres avtale om midlertidig ansettelse.

Denne bestemmelsen er en videreføring av adgangen til midlertidig ansettelse etter den gamle arbeidsmiljølovens § 58a. I denne var det dog en større adgang til midlertidig ansettelse enn det som foreligger med dagens lovgivning. Ved vedtakelsen av dagens arbeidsmiljølov må det påpekes at det den gang ble foreslått en videre adgang til midlertidig ansettelse enn det som foreligger i dag, da det her ble foreslått en generell adgang til slik ansettelse for arbeidsforhold som var ment å vare kortere enn 6 måneder. Dette ble imidlertid ikke vedtatt, slik at noen slik generell adgang ikke foreligger etter dagens bestemmelser.

²³ Se pkt 2

For å unngå at arbeidstaker skal bli gående på ”evigvarende”²⁴ midlertidig arbeidskontrakt ble det vedtatt at den nye arbeidsmiljøloven av 2005 skulle inneha bestemmelser som gir arbeidstaker rett til fast ansettelse etter en viss tid.

Noe av tanken bak denne bestemmelsen er at vilkåret om midlertidig behov for arbeidskraft ikke lenger vil være til stede dersom en arbeidstaker blir gående på lovlig midlertidig ansettelse i lenger enn fire år. Dersom arbeidstakere lovlig ble gående på midlertidige arbeidskontrakter i mer enn fire år, ble det poengtert at dette er en klar presumpsjon for at behovet for arbeidskraft i realiteten ikke lenger er av midlertidig karakter. Det vil i slike tilfeller sterkt kunne argumenteres for at slike langvarige midlertidige kontrakter gir uttrykk for et permanent bemanningsbehov ved bedriften.

Fireårsregelen ble dessuten inntatt i arbeidsmiljøloven som følge av Norges internasjonale forpliktelser, og som en direkte følge av Rådsdirektivet om midlertidig ansatte²⁵. Dette gjør at også internasjonale rettskilder vil kunne være av betydning ved tolkning av regelverket knyttet til fireårsregelen.

3.1 Vilkår for midlertidig ansettelse etter fireårsregelen.

Som nevnt over foreligger det i utgangspunktet snever adgang til bruk av midlertidig ansettelse i arbeidsforhold. Det er derfor en naturlig forutsetning, og et vilkår for opparbeidelse av rettigheter etter fireårsregelen, at det kreves lovlig midlertidig ansettelse hjemlet i § 14-9 (1) a og b. Hva gjelder midlertidig ansettelse etter § 14-9 (1) bokstav c til e, gir ikke dette rett til opptjening etter fireårsregelen. Dette fremgår direkte av lovteksten. Her heter det at ”*Dette (her: krav på rett til fast ansettelse) gjelder likevel ikke for arbeidstaker som er midlertidig ansatt etter første ledd bokstav c, d og e*”.

Videre stiller loven krav om at den midlertidige ansettelsen må ha vært *sammenhengende* i mer enn fire år.

²⁴ Ot.prp nr. 49 2004:5

²⁵ Rådsdirektiv 99/70/EF

Selv om adgangen til midlertidig ansettelse er en snever unntaksregel fra hovedregelen om fast ansettelse, omfattes en rekke arbeidsforhold av disse bestemmelsene. Siden loven ikke setter nedre grenser for hvilke arbeidsforhold som omfattes av bestemmelsene, tilsier dette at alt fra vikariater i 100 prosent stilling til midlertidige ansettelser som ”tilkallingsvakter”, ”ringevikarer” og lignende rammes av bestemmelsen. Særlig problematisk er de stillinger som er av en slik beskaffenhet at det fremstår som usikkert hvorvidt de er av et slikt omfang og hyppighet at de omfattes av sammenhengskravet. Dette vil typisk være stillinger hvor arbeidstakere etter arbeidsavtalen ikke har krav på en bestemt arbeidsmengde. Relevant vil dette også være i de tilfeller hvor arbeidsmengden er av såpass lav hyppighet at det er usikkert hvorvidt det i realiteten er snakk om en mengde enkeltoppdrag, eller en sammenhengende ansettelse. Videre vil grensetilfeller oppstå der hvor arbeidet har vært av en svært varierende karakter, og hvor arbeidstaker har hatt ulike jobber i perioder med varierende mengde.

3.2 Om kravet til ”sammenheng”

Som nevnt over er det et vilkår for opptjening etter fireårsregelen at det midlertidige ansettelsesforholdet har vært sammenhengende i minst fire år. Det følger av forarbeidene at kravet til sammenheng innebærer at ”*ansettelsesforholdet skal være uavbrutt*”²⁶. Ved vurderingen av hvorvidt kravet til sammenheng er oppfylt heter det i forarbeidene at mindre opphold i arbeidsforholdet må kunne tolereres, og vurderingen av hvorvidt dette kravet er oppfylt må bero på en totalvurdering av arbeidsforholdet og begrunnelsen for eventuelle avbrudd.

Kravet til sammenheng er et grunnvilkår for at rettigheter etter fireårsregelen skal oppnås. Regelens formål er å sikre arbeidstakere som går på lengre midlertidige ansettelser det samme oppsigelsesvernet man har dersom man er fast ansatt. Det er derimot ikke regelens

²⁶ Ot.prp nr. 49 (2004:5)

hensikt å sikre *alle* midlertidige ansettelser dette vernet. I den forbindelse er det vesentlig å skille ut de tilfeller hvor arbeidstaker har hatt en rekke enkeltstående midlertidige ansettelser. Det vil i utgangspunktet ikke opptjenes rettigheter til fast ansettelse etter fireårsregelen ved slike ansettelser. Derimot *kan* slike rettigheter opptjenes dersom det viser seg at disse enkeltstående midlertidige ansettelsene har en slik karakter at det er naturlig å vurdere disse samlet.

Departementet har i forarbeidene til den nye arbeidsmiljøloven tatt til ordet for en streng fortolkning av kravet til sammenheng. Det uttales her at "*kravet til "sammenhengende" innebærer at ansettelsesforholdet skal være uavbrutt*". Denne uttalelsen tyder på at lovgiver har hatt til hensikt å legge til grunn for en snever tolkning av sammenhengskravet.

3.3 Vilkår om hyppighet og omfang?

En interessant problemstilling som oppstår ved vurderingen av hvorvidt sammenhengskravet kan anses oppfylt, er hvilke krav som stilles til hyppighet og omfang i arbeidsforholdet.

Av lovteksten fremgår det ikke at det oppstilles krav til hyppighet eller omfang som vilkår for opptjening etter fireårsregelen, ei heller fremgår dette direkte av forarbeidene.

Høyesterett har i Sykehuset Innlandet dommen derimot uttalt dette som vilkår for å kreve opptjening etter fireårsregelen. Av dommen heter det at "*ekstravaktene hadde ikke tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende arbeid på eget grunnlag*" (min understrekning)²⁷. Av dette fremgår det at Høyesterett legger til grunn at disse vilkårene må foreligge for å oppfylle kravet til sammenheng, og dermed også rettigheter etter fireårsregelen.

Spørsmål som reises i lys av dette er hvilke krav som stilles til henholdsvis kravet til omfang og kravet til hyppighet. Videre kan det stilles spørsmål hvorvidt det kreves at

²⁷ Rt-2009-578 premiss 69

begge disse vilkårene er oppfylt, eventuelt hvilken betydning hvert av kravene isolert sett har. Disse spørsmålene vil i det følgende bli drøftet og vurdert.

3.3.1 Om begrepet "hyppighet"

Kravet til hyppighet i forbindelse med opptjening etter fireårsregelen fremkommer direkte av Sykehuset Innlandet-dommen. Her oppstilles hyppighetskravet som et undervilkår som må forutsettes oppfylt for at kravet til sammenheng skal kunne anses oppfylt. I dommen uttaler ikke Høyesterett direkte hvilken forståelse som må legges til grunn for dette begrepet. Det første spørsmålet som må stilles vil derfor være hvilken betydning man skal legge i kravet til hyppighet, slik det fremgår av Sykehuset Innlandet-dommen.

I denne sammenheng er det naturlig å forstå begrepet hyppighet synonymt med frekvens, og i denne sammenheng i forhold til tid. Det vil altså være snakk om hvor ofte man jobber, og ikke nødvendigvis mengden av dette arbeidet.

Denne forståelsen av hyppighetsbegrepet gjenspeiles videre i dommen hvor Høyesterett argumenterer for at ekstravaktene som fremgår av sakens faktum ikke isolert kan anses å oppfylle sammenhengskravet. Høyesterett uttaler her at ekstravaktene *"kom tilfeldig og spredt, og jeg kan ikke se at det var et tilstrekkelig fast mønster i vaktene til at annet enn hospiteringen var grunnlaget for dette arbeidet"*²⁸. Dette understreker at hyppighetsbegrepet slik det fremgår av dommen skal være en betegnelse på det tidsmessige mønsteret i arbeidsforholdet.

Videre er det naturlig når det gjelder kravet til hyppighet å se dette i forbindelse med sammenhengskravet som fremgår direkte av lovteksten. I kravet til sammenheng fremgår

²⁸ Rt. 2009-578 premiss 69

det av forarbeidene at kun mindre opphold i arbeidsforholdet kan aksepteres for at vilkåret skal ansees oppfylt²⁹.

Av forarbeidene er det som nevnt over lagt til grunn at kortere opphold i arbeidsforholdet må aksepteres, men noen klare rammer for hvor grensen går er ikke opptegnet. Hva som skal vurderes som avbrudd slik at kravet til ”sammenhengende” ikke lenger er oppfylt, beror på en totalvurdering av ansettelsesforholdet og begrunnelsen for avbruddet.³⁰

Siden bruken av midlertidige ansettelser omfatter en rekke ulike arbeidsforhold, vil vurderinger knyttet til hyppighetskravet i mange tilfeller spille stor betydning for hvorvidt man har opparbeidet seg rettigheter etter fireårsregelen eller ikke. Særlig aktuelt er dette i tilfeller der det ikke foreligger noen klar avtalt arbeidstid, slik som for eksempel ”tilkallingsvakter” som kun jobber etter arbeidsgivers behov.

Er det da slik at ”tilkallingsvakter” har svakere adgang til opparbeidelse av rettigheter etter fireårsregelen, siden stillingen ikke gir dem rett på faste vakter eller arbeidstider og at hyppigheten mellom arbeidsøktene til arbeidstakeren blir lav?

I proposisjon vedrørende endringer i bestemmelsene om midlertidig ansettelse i arbeidsmiljøloven³¹, uttaler departementet at fireårsregelen er tiltenkt omfattet av alle typer arbeidsforhold, forutsatt at disse er hjemlet i § 14-9 (1) bokstav a og b. Det fremgår at ”ringevikarer” og ”tilkallingsvakter” også er tiltenkt omfattet av fireårsregelen. Av dette må det forstås slik at lav hyppighet i arbeidsforholdet ikke nødvendigvis automatisk diskvalifiserer til opptjening av rettigheter til fast ansettelse etter fireårsregelen.

Videre kan det i slike tilfeller stilles spørsmål ved om det i utgangspunktet bør legges vekt på hvilke hensyn som ligger til grunn for selve arbeidsforholdet.

²⁹ Ot.prp nr. 49 (2004:5) s. 219

³⁰ Ot.prp. nr. 49 (2004:5) s. 333

³¹ Prop. 104 L (2009-2010)

Fra et arbeidsgiversynspunkt vil en ordning hvor man lovlig kan ansette arbeidstakere uten at disse har krav eller rettigheter i form av fast og bestemt arbeidstid være et særdeles gunstig utgangspunkt. Dette medfører at arbeidsgiveren kan disponere de ansatte etter til enhver tid gjeldende markedskonjunkturer, og dermed få en arbeidseffektivitet i bedriften som også gjenspeiler produksjon og markedets etterspørsel. Videre er det klart at en slik form for ansettelse vil være gunstig for arbeidsgiver, da man ikke bærer risikoen for uheldige ansettelser eller overkapasitet med tanke på arbeidstakere i bedriften.

Fra arbeidstakers ståsted vil det for mange arbeidstakere være ønskelig å ha en arbeidssituasjon hvor nivået for forpliktelser overfor arbeidsgiver er lavest mulig. Dette kan medføre en frihet i forhold til aktiviteter utenfor arbeidet i større grad enn dersom man har klare forpliktelser i form av en bestemt arbeidstid eller bestemte arbeidsvakter. Særlig gunstig vil slike situasjoner være for studenter og yngre arbeidstakere som har behov for en mindre inntekt, og hvor behovet for en trygg og stabil inntekt for å dekke et forsørgerbehov i de fleste tilfeller er lavt.

Av forarbeidene fremgår det at det er den samlede ansettelsestiden som skal legges til grunn ved opptjening etter fireårsregelen, og at det kun skal være adgang til mindre avbrudd for å oppfylle kravet til sammenheng.³² Hvorvidt kravet til sammenheng er oppfylt vil bero på en totalvurdering av arbeidsforholdet.

Enkelte høringsinstanser uttalte i forbindelse med lovforslaget at kravet på midlertidig ansettelse etter fireårsreglen vil kunne omgås dersom arbeidsgivere sørger for at det blir opphold mellom ansettelsesperiodene for midlertidige ansatte, slik at kravet til sammenheng ikke lenger oppfylles.³³ Dette betegnes ofte som ”lufting” av arbeidstakere, og har delvis vært utbredt etter Tjenestemannslovens bestemmelser³⁴.

Denne problemstillingen vil i høy grad også være aktuell ved kravet til hyppighet.

³² Ot.prp. nr. 49 s. 219

³³ Ot.prp. nr. 49 s. 218

³⁴ Søreide (2009)

Dersom terskelen for å oppfylle kravet til hyppighet settes for høyt, vil arbeidsgiver kunne ”forhindre” at arbeidstakeren får krav på fast ansettelse gjennom å i perioder tilby arbeidstakeren en svært liten arbeidsmengde. Dette vil særlig være relevant for arbeidstakere som ikke har krav på en viss mengde arbeid, men som etter avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver stiller seg til disposisjon ved behov.

På den andre siden kan det tenkes tilfeller hvor det er arbeidstaker selv som er grunnen til at hyppigheten i arbeidsforholdet er lav. Det kan være for eksempel dersom arbeidstaker ikke ønsker å jobbe når han/hun blir tilbudt arbeid, ønsker lengre ferier og så videre.

Formålene bak regelen er å ivareta hensyn knyttet til arbeidstakers behov, og spørsmålet som i denne forbindelse kan stilles er om terskelen for opptjening bør være like lav for de tilfeller hvor arbeidstaker selv er grunnen til at grensetilfellene oppstår.

Slik bestemmelsen fremstår i dag har den ikke til hensikt å gi alle arbeidstakere en ubetinget rett på fast ansettelse dersom de har vært ansatt i fire år eller mer; den stiller visse krav for slik opptjening.

Hvilken betydning har så disse hensynene ved vurderinger av hvorvidt hyppighetskravet er oppfylt?

Et utgangspunkt i arbeidsretten er at i et arbeidsforhold er det arbeidsgiver som bærer bevisbyrden dersom det oppstår tvilstilfeller vedrørende forholdet mellom partene. Dette utgangspunktet begrunnes med at det i de aller fleste tilfeller er ulikt styrkeforhold mellom arbeidsgiver og arbeidstaker; arbeidsgiver har som den profesjonelle part større forutsetninger for både å kunne ha oversikt over det arbeidsrettslige regelverket, men også gjennom å sikre klarheter i arbeidsforholdet gjennom klare avtaler mellom partene.

Dette vil videre kunne være et moment som taler for en lav terskel for å oppfylle hyppighetskravet. Dersom terskelen for å oppfylle hyppighetskravet i arbeidsforholdet for å oppnå opptjening til fireårsregelen blir for høy, vil dette i mange tilfeller kunne medføre at arbeidsgiver med enkelhet kan omgå reglene som gir arbeidstaker rett til fast ansettelse ved kun å unngå å tilby arbeidstaker arbeid/vakter i en periode eller med tilstrekkelig lav

hyppighet slik at hyppighetskravet ikke kan sies å være oppfylt. Dette forutsetter at avtalegrunnlaget mellom arbeidstaker og arbeidsgiver ikke regulerer noen klar arbeidsmengde arbeidstaker kan gjøre krav på. Typiske stillinger hvor dette er realitet er ”ekstrahjelp”/”tilkallingsvakt” i helsesektoren, servicebransjen og lignende.

Slike stillinger vil særlig forekomme i lavtlønnsyrker.

Noe av bakgrunnen for dette er at i mange lavtlønnsyrker foreligger det svært lave, eller ingen, utdanningskrav. Dette medfører at arbeidstakere kan få jobb uten å ha noen form for relevant utdanning, og det vil derfor være attraktivt for en større gruppe arbeidstakere.

Videre gjør dette at vanskelighetsgraden i stillingen ofte er lav, noe som forsvarer bruk av tilkallingsvakter som kun periodisk utfører arbeid. Siden arbeidet kan være av fullgod kvalitet selv om arbeidstaker ikke daglig (eller ukentlig) praktiserer dette og får kontinuerlig oppfølging, tilsier dette at bruken av tilkallingsvakter kan ansees forsvarlig fra et arbeidsgiversynspunkt. Særlig gjelder dette med tanke på resultatet av utført arbeid, og produktivitet og effektivitet sett i forhold til hver enkelt arbeidstaker.

Sett i lys av momentene over er det grunnlag for å kunne hevde at de subjektive hensynene vil være av vesensbetydning for vurderingen av hvorvidt hyppighetskravet er oppfylt.

Sterke momenter taler for en lav terskel for å oppfylle hyppighetskravet, men det vil i mange tilfeller være urimelig å ikke tillegge arbeidstakers handlinger betydning ved en slik vurdering. Særlig gjelder dette de tilfeller hvor det er grunner på arbeidstakers side som medfører at grensetilfeller for hvorvidt kravet til hyppighet er oppfylt oppstår, og arbeidstaker ikke kan legitimere sitt grunnlag.

Dette på sin side taler for en høyere terskel for de tilfeller hvor arbeidstaker selv ikke har ønsket mer arbeid, der hvor dette har vært tilgjengelig. I slike tilfeller kunne arbeidstakeren selv bidratt til at hyppighetskravet oppfylles, dersom det kan godtgjøres at muligheten til å utføre arbeide ut over det arbeidstakeren faktisk har gjort har vært tilstede.

I slike tilfeller er det naturlig at opphold pga sykdom, permisjoner, militærtjeneste ikke tjener til arbeidstakers ugunst og gir en høyere hyppighetsterskel. Slikt fravær avbryter

heller ikke kravet til sammenheng, selv om det normalt skal gå til fradrag ved beregningen av ansettelsestiden³⁵.

Av dette kan man legge til grunn at dersom kravet til hyppighet for opptjening av rett til fast ansettelse etter fireårsregelen settes for høyt, vil dette kunne få den uheldige virkningen av at en rekke arbeidstakere i midlertidig ansettelse vil kunne miste rett til fast ansettelse med hjemmel i fireårsregelen.

Hensynene bak bestemmelsen er å sikre arbeidstakere fra å bli gående på ”evigvarende” arbeidskontrakter, og det er sterke grunner som taler for at dette også bør gjelde de arbeidstakere som er midlertidig ansatt hvor arbeidet av ulike årsaker er av lav hyppighet. Ved denne vurderingen vil det konkret måtte vurderes hvorvidt hyppigheten i arbeidet er av en så lav karakter at det i realiteten er snakk om enkeltstående oppdrag. Dersom det foreligger klare ”rammeavtaler” mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at arbeidstaker skal tilkalles ved behov, såkalte ”tilkallingsvakter”, vil det være grunn til å hevde at også disse tilfellene bør omfattes av de rettighetene fireårsregelen gir.

Tvilstilfellene vil i størst grad oppstå i de tilfeller hvor det ikke foreligger klare avtaler mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. For mange av disse tilfellene vil det vanskelig kunne argumenteres for at sporadisk utført arbeid vil være å anse sammenhengende, og ikke som enkeltstående oppdrag. Særlig gjelder dette de tilfeller hvor arbeidet har vært av ulik karakter de gangene arbeidstakeren har blitt tilkalt for å utføre arbeid.

³⁵ Borgerud, Kommentar til arbeidsmiljøloven, Norsk Lovkommentar, note 493

3.3.1.1 Betydningen av frivillig lav hyppighet knyttet til arbeidsforholdet

Et spørsmål som vil kunne være av betydning for vurderinger knyttet til vurderinger av hyppighetsvilkåret er hvorvidt graden av frivillighet fra arbeidstakers side knyttet til arbeidsforholdet vil kunne være av betydning for hvorvidt man kan opptjene rettigheter etter fireårsregelen.

Her kan det tenkes de tilfeller hvor arbeidstaker etter eget ønske er i en stilling som bærer lite preg av faste rammer. Dette kan være såkalte ”tilkallingsvakter”, ”ringevikarer” osv. Selve betegnelsen av stillingen er ikke av betydning, men felles for disse er at de i stor grad bærer preg av kun være ”rammeavtaler” hvor arbeidsmengde ikke fremgår av avtalen mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Arbeidsmengden vil i slike tilfeller i stor grad variere ut fra arbeidsgivers behov, og arbeidsmengden kan i perioder være lav.

For slike tilfeller kan det stilles spørsmål om hvorvidt arbeidstakers subjektive behov og ønsker knyttet til arbeidstid og arbeidsmengde skal vektlegges i en slik grad at terskelen for å oppfylle hyppighetskravet økes.

Begrunnelsen for en slik terskeløkning kan være at arbeidsmengden og arbeidstiden i stor grad er lagt til rette etter arbeidstakers ønsker, ikke direkte etter hvilke føringer arbeidsgiver i utgangspunktet hadde tenkt. Hensynet bak fireårsregelen er at den skal verne arbeidstakere fra ”evigvarende” midlertidige kontrakter, spørsmålet blir derfor om det kan være av betydning at arbeidstaker selv indirekte ikke ønsker dette vernet.

Verken lovteksten, forarbeidene eller rettspraksis behandler eller tar stilling til om subjektive forhold skal være av betydning ved vurderingen av hvorvidt vilkårene for opptjening er oppfylt.

Utgangspunktet for bestemmelsene i arbeidsmiljøloven er at disse er preceptoriske, det er altså ingen adgang til å inngå avtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver som gir arbeidstaker dårligere rettigheter enn de rammene loven setter, men mindre dette fremgår direkte av loven. Med dette som utgangspunkt vil man kunne si at loven generelt ikke

åpner for vurderinger av subjektive vilkår for vurderingen av hvorvidt rettigheter er opptjent eller ikke.

På den annen side kan man si at det generelle hensynet bak arbeidsmiljøloven er å verne arbeidstakers interesser. Det er lovgiver som har satt en minstestandard for hvilke interesser som klart bør vernes, og rammene for dette.

Det vil kunne hevdes at det ikke bør åpnes for slike subjektive vurderinger som tas opp over, da man i mange tilfeller vil kunne komme i situasjoner hvor arbeidstaker ikke evner å innse rekkevidden og omfanget av egne interesser fra et overordnet synspunkt. Det er også en grunnleggende regel om at styrkeforholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker er skjævt, og at arbeidstaker med dette har behov for det vernet som arbeidsmiljøloven gir. Dette ligger implisitt i lovbestemmelsene, og fremgår dessuten av forarbeidene for loven.

Det vil dessuten bidra til å skape en uoversiktlig og uhåndgripelig praksis dersom arbeidstakers subjektive hensyn skulle få betydelig vekt ved vurderingen av hvorvidt man har opptjent rettigheter eller ikke. Rammene og rekkevidden for arbeidsmiljøloven er utformet i den hensikt at den skal være tilgjengelig for alle. Man finner arbeidstakere i alle samfunnslag, og det er et ønske at terskelen for å kunne danne seg et bilde av rekkevidden av arbeidsmiljøloven bør være så lav som mulig. Dersom det åpnes for slike utvidede subjektive tolkninger uten at dette fremgår i noen form av lovteksten vil dette kunne medføre at det skapes en uheldig og utilsiktet presidens ved at uvitende arbeidstakere bli tillagt større subjektive hensyn enn det som kanskje har vært tilsiktet.

Det kan derfor konkluderes med at det ikke bør ilegges for stor betydning på de subjektive hensynene som ligger til grunn for arbeidsforholdet. Selv om forarbeidene forutsetter at det skal tas en "totalvurdering" av arbeidsforholdet ved vurderingen av hvorvidt kravet til "sammenheng" er oppfylt, vil det skape en klar uforutsigbarhet dersom rene subjektive hensyn blir ilagt for stor betydning ved en slik vurdering.

3.3.2 Om begrepet "omfang"

I likhet med hyppighetsbegrepet kommer også kravet til omfang til uttrykk gjennom Sykehuset Innlandet-dommen. Heller ikke knyttet til dette begrepet presiseres det i dommen hvilken fortolkning man skal legge i kravet til "*tilstrekkelig omfang*". Det kan derfor reises spørsmål om hvilken betydning man skal legge i dette kravet som oppstilles. Spørsmålet som drøftes i dette avsnittet er hvilken betydning Høyesterett legger til grunn for omfangsbegrepet, slik det fremkommer i Sykehuset Innlandet-dommen.

Omfangsbegrepet omtales som nevnt verken i lovttest eller i lovens forarbeider, og det vil derfor være et naturlig utgangspunkt å se på den alminnelige språklige forståelsen av dette begrepet.

En ren språklig fortolkning i denne sammenheng tilsier at omfangsbegrepet skal gjenspeile "mengden av arbeidet" arbeidstakeren har utført når han/hun har vært på jobb, og det vil neppe være urimelig å legge en slik fortolkning til grunn. Sagt på en annen måte er det naturlig å fortolke det slik at omfangsbegrepet kommer til uttrykk gjennom den tiden man arbeider når arbeidstaker er på jobb. Stillingens omfang er en form for betegnelse på stillingens størrelse. Dette kan variere fra arbeidstakere som kun jobber en time om gangen en sjelden gang, til arbeidstakere som jobber fulle arbeidsdager. Selv om det i omfangsbegrepet ikke kan legges til grunn at det skal legges vekt på hyppigheten av hvor ofte man jobber, vil det være av betydning av hvor store arbeidsperiodene er når man først arbeider.

I motsetning til intensitetsbegrepet, fremkommer det ikke av Sykehuset Innlandet-dommen noen presiseringer som understøtter hvilken betydning omfangskravet er ment å ha ved vurderinger etter fireårsregelen.

Legger man til grunn at omfangsbegrepet omhandler selve størrelsen på stillingen, slik som drøftet over, finner man derimot uttalelser i forarbeidene som kan gi indikasjoner på hvilket hensyn som ligger bak begrepet slik det fremkommer i dommen.

Av forarbeidene fremgår det at bestemmelsene om midlertidig ansettelse har som formål å omfatte midlertidige ansettelser i en rekke ulike tilsetningsformer, herunder også midlertidige ”ekstrahjelper”, ”ringevikarer” og lignende ³⁶. Det finnes ikke noe som tilsier at dette ikke også skal gjelde fireårsregelen i § 14-9 (5), forutsatt at det midlertidige tilsetningsforholdet er hjemlet i § 14-9 (1) bokstav a og b.

For at fireårsregelen i praksis skal være en fungerende regel for slike tilfeller, er det derfor grunn til å hevde at kravet til omfang ved vurderinger av hvorvidt man har opptjent rett til fast ansettelse etter fireårsregelen ikke kan settes for høyt.

Dersom kravet til omfang isolert alene utelukker arbeidstakere ved lave stillingsprosjenter, eller andre typer midlertidige tilsetninger slik som for eksempel ”ringevikarer” eller ”ekstrahjelper”, medfører dette en svært høy og uforutsigbar terskel for hvilket innstegspunkt man har for at man skal starte opptjening av rettigheter etter fireårsregelen.

Videre er hensynet bak fireårsregelen, slik det fremgår av forarbeidene ³⁷, av betydning ved belysningen av formålet med et slikt omfangskrav.

Utgangspunktet her er at man skal sikre arbeidstakere mot ”evigvarende” kontrakter som nevnt over. Når betydningen av omfangskravet skal vurderes kan det hevdes at det er nødvendig å se på hvilke konkrete hensyn som skal sikres i hver enkelt sak, sett opp mot lovens formål. Det kan i tilfeller hvor det foreligger klare grensetilfeller være spørsmål om formålet med loven i det hele tatt er å sikre slike.

Siden bakgrunnen for fireårsregelen er å sikre arbeidstakeres mulighet til fritid og stabilitet utenfor arbeidsforholdet kan det spørres hvorvidt loven har til hensikt å sikre tilfeller som er av et så lavt omfang at det ikke er klart at dette kravet er oppfylt. I de tilfeller hvor

³⁶ Ot.prp. 49 (2004:5) s. 208

³⁷ Ot.prp. 49 (2004:5) s. 218

omfangskravet er omdiskutert og usikkert, er det også grunn til å tro at behovet for sikring av dette arbeidsforholdet er mindre enn i de tilfeller hvor man klart kan slå fast at det foreligger et tilstrekkelig omfang ut fra en totalvurdering av arbeidsforholdet.

En forklaring på dette kan være at dersom arbeidet er av et såpass lavt omfang at det er omdiskutert hvorvidt omfangskravet er oppfylt, er det også naturlig å legge til grunn at inntekten fra dette arbeidsforholdet også er av en såpass lav karakter at det i de fleste tilfeller ikke kan sies å være av avgjørende betydning for hvorvidt arbeidstakeren får mulighet til å sikre sin eventuelle forsørgerbyrde eller liknende gjennom dette arbeidet. Videre er det også naturlig å fastslå at slikt arbeid heller ikke vil være i veien for mulighetene til arbeidstakers fritid og andre aktiviteter utenfor arbeidsforholdet.

Selv om betydningen av slike reelle hensyn i utgangspunktet bør ha betydelig rettskildemessig vekt, er det viktig å poengtere at bestemmelsene i arbeidsmiljøloven i stor grad bærer preg av å være generelle verneregler. Dette understrekes ved at det ikke er adgang til avtale arbeidsvilkår som gir arbeidstaker dårligere rettigheter enn det som fremgår av arbeidsmiljølovens bestemmelser.

Av dette kan det dermed konkluderes med at omfangskravet slik det fremkommer i Sykehuset Innlandet-dommen tilsier en vurdering av stillingens størrelse, og at det er grunn til å hevde at i den grad omfangskravet er av betydning for hvorvidt man kan opptjene rett til fast ansettelse etter fireårsregelen eller ikke, ikke bør være for høyt.

Det er viktig å merke seg at en stor gruppe arbeidstakere i Norge er ansatt i midlertidige stillinger. Midlertidige ansatte finner man i stort sett alle stillingsnivåer, og i de aller fleste bransjer.

Siden bruken av midlertidig ansettelser er av et slikt omfang, gjør dette at alt fra midlertidige tilkallingsvakter til ansatte i vikariater i 100 prosent stilling kan ha behov for vern etter fireårsregelen.

På bakgrunn av dette er det klart at det vil være problematisk å sette en konkret nedre grense for når man oppnår kravet til omfang forhold til sammenhengskravet i fireårsregelen.

3.3.3 Særlig om omfangskravet som isolert vilkår

Når det gjelder omfangskravet er det sterke grunner som taler for at oppfyllelse av dette kravet alene ikke medfører oppfyllelse av sammenhengskravet. Det fremgår av bestemmelsen at det er et grunnvilkår at arbeidet har blitt utført over et gitt tidsrom (her: fire år), og at det foreligger en viss sammenheng i dette arbeidet. Kravet til omfanget av arbeidsforholdet er ikke direkte knyttet til tidslinjen som kan trekkes i arbeidsforholdet, og hvorvidt omfangskravet anses oppfylt sier lite om i hvilken utstrekning arbeidet har blitt utført over tid.

Departementet uttaler at ”*ringevikarer*” og ”*tilkallingsvakter*” benyttes i flere bransjer, og det poengteres at fireårsregelen også er ment å dekke slike arbeidsforhold hvor omfanget av arbeidet er både ubestemt og ujevnt³⁸. I lys av disse uttalelsene er det derfor grunn til å forutsette at kravet til omfanget som stilles til arbeidsforholdet ikke kan settes for høyt, da en rekke slike tilfeller med dette ikke vil oppfylle vilkårene for opptjening.

Når det gjelder omfangskravet er det derfor grunn til å anta at dette vilkåret ikke har størst betydning knyttet til hvorvidt rettskrav oppstår, men heller knyttet til rettsvirkningen som følge av at rettskravet etter bestemmelsen har oppstått. Omfangskravet har derfor størst betydning knyttet til hvilke rettigheter man har opptjent, ikke ved vurderingen av hvorvidt det er opptjent rettigheter i utgangspunktet.

Ved vurderingen av hvilken stilling arbeidstaker har opptjent rettigheter til vil omfangskravet være av vesentlig betydning.

Som nevnt over er det poengtert i forarbeidene at man med fireårsregelen ønsker å unngå arbeidstakere på ”evigvarende” midlertidige ansettelser. Det er med dette nærliggende å

³⁸ Prop. 104 L (2009-2010)

trekke en linje til hyppighetskravet; dersom man oppfyller kravet til tilstrekkelig hyppighet er det mye som trekker i retning av at man også oppfyller kravet til sammenheng, forutsatt at det ikke foreligger andre former for opphold i arbeidsforholdet.

3.3.4 Grensene mot diskrimineringsbestemmelsene i Arbeidsmiljølovens kapittel 13

Denne oppgaven stiller spørsmål om hvilke krav som stilles til hyppighet og omfang for rett til opptjening etter fireårsregelen. Som drøftet over fremgår det at både rettspraksis, forarbeider og lovtekst gir noen utgangspunkt for hvilke hensyn som bør gjøres gjeldende ved denne vurderingen. Et videre spørsmål som oppstår er hvorvidt diskrimineringsvernet i arbeidsmiljølovens kapittel 13 setter noen grenser for hvilke krav som kan stilles til arbeidets omfang og hyppighet for at man skal kunne opptjene rettigheter til fast stilling etter fireårsregelen.

Forbudet mot diskriminering av midlertidig ansatte fremgår av arbeidsmiljølovens § 13-1 (2). Her heter det at *”bestemmelsene i dette kapittel gjelder tilsvarende ved diskriminering av arbeidstaker som arbeider deltid eller er midlertidig ansatt”*.

Dette diskrimineringsvernet er særlig relevant knyttet til vurderinger av kravet til omfang. Dersom man ikke skal kunne opptjene rett til fast ansettelse etter fireårsregelen på grunnlag av at stillingen ikke oppfyller vilkåret om tilstrekkelig omfang, vil dette være i strid med diskrimineringsbestemmelsene i kapittel 13.

Skulle liten arbeidsmengde diskvalifisere for rett til opptjening etter fireårsregelen, mens økt arbeidsmengde gi slik rett, vil dette være en direkte diskriminering av deltidsansatte og dermed være i strid med bestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 13 som er ment å gi deltidsansatte vern mot slik diskriminering.

Det vil i tillegg være grunn til å hevde at det for slike tilfeller vil foreligge indirekte diskriminering på grunnlag av kjønn, da en stor del av slike deltidsansatte er kvinner.

3.4 Hvilke grenser knyttet til hyppighet og omfang kan utledes av Sykehuset Innlandet-dommen

Som beskrevet over foreligger det i dag ingen generelle rammer for hvilke krav som stilles for oppfyllelse av kravet til hyppighet og omfang slik det fremlegges i Sykehuset Innlandet-dommen. Det vil derfor være hensiktsmessig å belyse de klare rammene som dommen setter i den konkrete saken. Spørsmålet som må stilles i denne forbindelse er hvilke klare grenser som oppstilles som en direkte følge av Sykehuset Innlandet-dommen.

Av drøftelsene over fremgår det at Høyesterett kom frem til at de 35 ekstravaktene som inngikk som elementer i totalvurderingen i saken ikke kunne ansees å ha tilstrekkelig ”*omfang og hyppighet*” til at disse kunne anses som sammenhengende arbeid på selvstendig grunnlag. Disse vaktene det her er snakk om var ekstravakter som var utført over en periode fra 1. oktober 2001 frem til april 2003. Vaktene ble utført samtidig som arbeidstakeren hadde hospiteringsplass på sykehuset, og omfanget av vaktene varierte i løpet av dette året. Det må derfor kunne legges til grunn at det er å anse som gjeldende rett at vakter av et slikt omfang ikke isolert vil kunne oppfylle kravet til sammenheng som fremgår av ordlyden i lovteksten, jf Høyesteretts uttalelser ved vurderingen av disse vaktene i premiss 69 i dommen.

Når det gjelder ekstravakter av et slikt omfang og hyppighet som fremgår av Sykehuset Innlandet-dommen må det dog tas forbehold om at grensene ikke er klare for de tilfeller hvor vaktene må vurderes isolert, og hvor andre tilknytningsformer ikke eksisterer. Det fremgår ikke av dommen hvilke krav som stilles for å oppfylle sammenhengskravet for slike tilfeller.

Videre påtok arbeidstakeren seg fra april 2003 og ut 2004 seg ekstravakter ved sykehuset i et noe utvidet omfang, samtidig med at han utdannet seg til hjelpepleier. Disse ekstravaktene utgjorde i 2003 en stillingsprosent på omkring 34, og for 2004 tilsvarte ekstravaktene som var utført en stilling på 41 prosent.

Ved vurderingen knyttet til denne perioden kom Høyesterett frem til at dette arbeidet oppfylte kravene til sammenheng, og beregningstidspunktet for opptjeningstiden ble satt til 1. april 2003.

Det som er viktig å merke seg er at likheten ved begge disse periodene er at det i alle tilfeller er snakk om ekstravakter. Arbeidstakeren har ikke hatt faste avtalte vakter, verken for perioden som ikke oppfyller sammenhengskravet eller den perioden etter hvor dette kravet anses oppfylt. Ser man bort fra at ekstravaktene i den første perioden ble utført mens han hospiterte ved sykehuset, mens han i den siste perioden påtok seg disse ekstravaktene, fremstår grunnlaget for utførelsen av arbeidet likt.

Dette medfører at Høyesterett konkluderte med at 35 ekstravakter over 1,5 år klart var for lite til å oppfylle sammenhengskravet, mens ekstravakter tilsvarende en 34 prosent stilling oppfylte dette kravet.

Selv om dette er klare kvantitative rammer, er det viktig å merke seg at det etter forarbeidene skal foretas en totalvurdering av arbeidsforholdet ved vurderingen av hvorvidt sammenhengskravet skal ansees oppfylt. Dette medfører at rammene Høyesterett legger til rette for gjennom denne dommen i stor grad vil være veiledende for gjeldende rett, men det kan ikke slås fast at dette er absolutte rammer.

3.5 To selvstendige vilkår?

Ett annet interessant spørsmål som oppstår etter Sykehuset Innlandet-dommen er hvorvidt kravene til henholdsvis hyppighet og intensitet må anses som to kumulative vilkår som begge må være oppfylt for å oppfylle sammenhengskravet for i det hele tatt å kunne opptjene rettigheter etter fireårsregelen, eller om sammenhengskravet kan oppfylles dersom kun ett av disse vilkårene anses oppfylt.

Etter ordlyden i premiss 69 i Sykehuset Innlandet-dommen fremstår det som disse kravene ikke isolert oppfyller sammenhengsvilkåret; det heter i dommen at arbeidet ikke hadde

”..tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende arbeid på eget grunnlag” (min understrekning). Rent språklig vil man med dette kunne hevde at det oppstiller vilkår om at arbeidet må oppfylle både et visst hyppighetskrav **og** omfangskrav.

Det er derimot noe usikkert i hvilken grad man kan legge til grunn en ren språklig forståelse av Høyesteretts uttalelse i denne sammenheng. Siden problemstillingen fremstår som uklar ut fra lovtekst og forarbeider vil det være hensiktsmessig å ta utgangspunkt i lovens formål, og hvilke hensyn den er ment å ivareta.

Hensynet bak reglene om midlertidig ansettelse er todelt; på den ene siden ligger arbeidsgivers behov for å kunne disponere arbeidstakere hensiktsmessig ut fra bedriftens behov, og på den andre siden finner man arbeidstakers behov for et trygt og stabilt arbeidsforhold. Arbeidstakers behov i arbeidsforhold gjenspeiles i arbeidsmiljølovens formålsparagraf § 1-1, og det er nærliggende å tro at arbeidstakerhensynet gjennomgående vil være tungtveiende ved vurderinger av bestemmelsene i arbeidsmiljøloven sett opp mot formålsparagrafen.

Kravene til omfang og hyppighet må derfor sees i lys av dette. I hvilken grad er det av betydning at omfangskravet er oppfylt for å oppfylle formålet med fireårsregelen, og tilsvarende med hyppighetskravet.

Ser man på drøftelsene knyttet til betydningen av hyppighetskravet og omfangskravet over i punkt 3.3.1 og 3.3.2 går det frem at hyppighetskravet er av stor betydning for hvorvidt arbeidstaker har opptjent rettigheter etter fireårsregelen eller ikke. Omfangskravet på sin side er av størst betydning ved vurderingen av hvilke stilling arbeidstakeren har opptjent rettigheter til, etter at slikt rettskrav er fastsatt.

Selv om disse kravene er av ulik betydning, vil det vanskelig kunne hevdes at man vil kunne opptjene rettigheter uten at begge vilkårene i en viss grad er oppfylt. Det kan dermed konkluderes med at hyppighetskravet og omfangskravet bør sees på som to ulike vilkår, som begge vil være av betydning for hvorvidt rettigheter etter fireårsregelen kan anses oppfylt.

3.6 Forholdet mellom hyppighetskravet og omfangskravet

Som redegjort over ligger det implisitt i ”sammenhengskravet” i fireårsregelen krav til at arbeidsforholdet skal ha en viss både hyppighet og omfang. Over er det drøftet hva som isolert ligger i disse kravene, og grunnlagene for disse. Spørsmålet som videre oppstår er hvilken betydning forholdet mellom disse kravene har. Siden dette spørsmålet ikke besvares i lovteksten og dens forarbeider vil det som foreligger av rettspraksis på området være av betydelig rettskildemessig verdi for vurderingen av dette.

Av drøftelsene over fremgår det at det er hyppighetskravet som er av størst betydning for hvorvidt man har opptjent rettigheter til fireårsregelen eller ikke. Betydningen og vekten av omfangskravet kommer i størst grad til uttrykk når det gjelder rettsvirkningene av at man har opptjent rettigheter etter fireårsregelen; hva slags stilling har man opptjent rettigheter til, og fastslåelsen av denne stillingens omfang.

Dette medfører at vilkårene ikke kan sees på som ”enten eller”, i den forstand at vilkårene er av lik betydning og vekt for vurderinger av hvorvidt man har opptjent rett til fast ansettelse etter fireårsregelen. Hyppighetsvilkåret vil være av stor betydning for selve opptjeningsspørsmålet, mens det vil være nært knyttet til omfangsvilkåret ved den etterfølgende vurderingen av hvilke rettigheter i form av størrelsen på den faste stillingen arbeidstakeren har opptjent rett til.

3.7 Vektingen mellom hyppighetskravet og omfangskravet

Av konklusjonen over fremgår det at hyppighetskravet og omfangskravet ikke er å anse som to klare kumulative vilkår, men begge kravene må i en viss grad må være oppfylt for at kravet til sammenheng i lovteksten skal være oppfylt. Betyr dette dermed at disse kravene er likevektige, og bør ilegges like stor vekt i totalvurderingen av hvorvidt sammenhengskravet er oppfylt?

Det kan derimot tenkes tilfeller som gjør at oppfyllelsen av det ene kravet medfører lemping av grensene for å oppfylle det andre.

Siden hyppighetskravet, altså kravet om tilstrekkelig hyppighet, har en klar parallell til kravet om sammenheng vil det være vanskelig å argumentere mot at rettigheter etter fireårsregelen kan opptjenes dersom det fremstår som klart at hyppighetskravet er oppfylt. I denne forbindelse vil vurderingen av arbeidets omfang være av størst betydning i forhold til hvilke rettigheter man opptjener rettigheter til, altså stillingen og dens størrelse og ikke ved vurderingen av hvorvidt man har opptjent rettigheter eller ikke. Dette medfører at hyppighetskravet kan sies å ha en større vekt og betydning for hvorvidt man opptjener rettigheter etter fireårsregelen, enn det omfangskravet kan sies å ha.

På den andre siden kan man derimot ikke legge til grunn tilsvarende argumentasjon for de tilfeller hvor omfangskravet må anses oppfylt, men hvor det er uklart eller tvilsomt hvorvidt det foreligger tilstrekkelig hyppighet i arbeidsforholdet. Begrunnelsen for dette fremgår av drøftelsene i punkt 3.3.3. Her legges det til grunn at omfangskravet som utgangspunkt er av størst betydning ved vurderingen av rettsvirkningen som følge av at krav på fast stilling etter fireårsregelen er opptjent, og ikke ved vurderingen av hvorvidt det faktisk foreligger opptjent rettskrav etter denne bestemmelsen.

For disse tilfellene vil fremdeles hyppighetsvilkåret være av avgjørende betydning for hvorvidt sammenhengskravet anses oppfylt, og man dermed kan gjøre krav på fast stilling etter fireårsregelen.

Etter dette kan det dermed konkluderes med at ved vurderinger av hvorvidt sammenhengskravet skal anses oppfylt i forhold til stillingens omfang og intensitet vil hyppighetskravet vektlegges i større grad enn omfangskravet. Omfangskravet på sin side vil være av avgjørende betydning ved vurderingen av hvilken stilling man har opptjent rett til med hjemmel i fireårsregelen.

3.8 Betydningen av reglene om fradrag for vurderingen av omfangs og hyppighetskravet

En problemstilling som har oppstått i lys av kravet til sammenheng i forbindelse med fireårsregelen er hvorvidt det er adgang til å gjøre fradrag i arbeidsperioden for perioder hvor arbeidstaker av ulike grunner rent faktisk ikke har vært tilstede og utført arbeid på grunn av fravær, men fremdeles oppfyller kravet til sammenheng. Slik fravær kan være sykdom, lovbestemte permisjoner, militærtjeneste og lignende. Denne problemstillingen er ikke direkte aktuell for avhandlingens problemstilling, men det vil være relevant å peke på hvilke vurderinger som ligger til grunn for gjeldende rett her i forhold til de tidligere drøftelsene om kravet til omfang og hyppighet. Det bemerkes i tillegg at det den 26. mars 2010³⁹ ble vedtatt en proposisjon som fremmer lovendringsforslag for å slå fast den usikkerheten som har vært knyttet opp mot spørsmålet om fradragsadgang i forbindelse med vurderinger av opptjening etter fireårsregelen. Dette forslaget går ut på at det ikke skal være adgang til å foreta fradrag i arbeidsforholdet for arbeidstakers fravær.

Spørsmålet som her må drøftes er hvilken betydning vurderingene knyttet til fradragsadgangen har for forståelsen av hvilke krav som må stilles til arbeidets hyppighet og omfang for at man skal kunne opptjene rettigheter etter fireårsregelen.

Når det gjelder adgangen til å gjøre fradrag i arbeidsforholdet berører dette både kravet til sammenheng og kravet til lengden på arbeidsforholdet, som må ha vart i minst 4 år for å kunne gjøre krav på fast ansettelse.

Hvorvidt det foreligger noen adgang til å gjøre fradrag i arbeidsperioden, og hvilke utfall dette får for opptjening av rettigheter etter fireårsregelen fremgår ikke av bestemmelsen ordlyd. Ut fra bestemmelsens ordlyd er det lite som tilsier at fravær syntes å ha relevans ved vurderingen av både arbeidsforholdets lengde og sammenheng. Bakgrunnen for dette

³⁹ Prop. 104 L (2009-2010)

er at det er klart at lovlig fravær i form av permisjoner, sykdom og lignende ikke avbryter ansettelsesforholdet, og dermed heller ikke ansettelsestiden.

Spørsmål om betydningen av fradrag er derimot belyst i forarbeidene⁴⁰ hvor det heter at *”fravær i form av sykdom, permisjoner, militærtjeneste mv. hvor ansettelsesforholdet består, avbryter ikke ansettelsesforholdet, men skal normalt gå til fradrag ved beregning av ansettelsesforholdets lengde”*. Det er grunn til å tro at bakgrunnen for disse uttalelsene i forarbeidene har sammenheng med at det ble foreslått harmonisering av stillingsvernbestemmelsene i arbeidsmiljøloven og tjenestemannsloven ved innføringen av den nye arbeidsmiljøloven⁴¹. Disse uttalelsene gjenspeiler den forvaltningspraksis som foreligger etter bestemmelsene om det såkalte ”sterke stillingsvern” i tjenestemannsloven⁴².

Problemstillingen er videre tatt stilling til i rettspraksis, hvor høyesterett i Sykehuset Innlandet-dommen la vekt på uttalelsene i forarbeidene, og kom frem til at arbeidstakers sykefravær skulle gå til fradrag for arbeidsforholdets lengde. Noen konkret grense for fradragsadgangen tok Høyesterett derimot ikke stilling til, annet enn å slå fast at *”jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på hvor den nedre grensen går for fravær som skal trekkes fra, utover å nevne at den antydde grensen på 14 dager synes å være for knapp. I den foreliggende sak er sykefraværet på over ett år, og da må det klart gå til fradrag”*.

Det som er viktig å merke seg når det gjelder fradragsbestemmelsene er at dersom det foreligger adgang til å gjøre fradrag for perioder av arbeidsperioden avbryter ikke dette arbeidsforholdet, og dermed kravet til sammenheng. Fradragsadgangen har i størst grad betydning for beregningen av arbeidsforholdets lengde for hvorvidt kravet til ansettelse i ”mer enn 4 år” er oppfylt.

⁴⁰ Ot.prp. 49 (2004:5) s. 333

⁴¹ Høringsbrev av 17.06.09.

⁴² Tjenestemannsloven § 10 nr. 1

I denne sammenheng må det bemerkes at det per tiden utredes lovendringsforslag knyttet til adgangen til å gjøre fradrag i midlertidige ansettelsesforhold i forhold til 4 års-regelen. Departementet har her foreslått å legge til følgende setning til fireårsregelens ordlyd:

”Ved beregning av ansettelsestid etter foregående punktum skal det ikke gjøres fradrag for arbeidstakers fravær”.

I denne forbindelse har departementet pekt på at det vanskelig kan sees at det foreligger sterke reelle hensyn som skal tale mot departementets forslag, og altså for den presidents som ble skapt etter Sykehuset Innlandet-dommen. Departementet legger vekt på betydningen av forutsigbare bestemmelser for partene i arbeidslivet, og at gjeldende rett slik det foreligger nå ikke oppfyller dette. Videre begrunner Departementet sitt forslag i at omfanget av dagens fradragsregel fremstår som uklar, i og med at Høyesterett i Sykehuset Innlandet-dommen kun avgjorde hvordan fradragsreglene måtte forstås ut fra de faktiske forhold som forelå i den saken.

Det er dermed nærliggende å anta at en slik regulering vil medføre at det som tidligere har vært usikkert i forhold til adgangen til slikt fradrag gjennom en slik lovendring vil bli klarlagt.

Konklusjonen her blir derfor at Departementet taler til fordel for en svært ”arbeidstakervennlig” regulering knyttet til adgangen til å gjøre fradrag i arbeidsforholdet ved opptjening etter fireårsregelen. Ved at fradragsadgangen bortfaller tar Departementet til ordet for å i stor grad verne arbeidstakers interesser og hensyn. Det er derfor rimelig at dette synet gjenspeiles hva gjelder de krav som stilles til arbeidsforholdets hyppighet og omfang for rett til opptjening etter fireårsregelen.

I proposisjonen som ble vedtatt 26. mars 2010 påpeker Departementet betydningen av å verne de som er midlertidig ansatt som tilkallingsvakter og ringevikarer, og at disse også skal, og bør, omfattes av fireårsregelen.

Dette vil ytterligere understreke at terskelen for å oppfylle kravet til omfang og hyppighet ikke bør stilles for høyt, da dette i realiteten vil medføre at en rekke midlertidige ansatte i praksis vil falle utenfor det vernet Departementet har lagt til grunn at de skal ha gjennom fireårsregelen.

3.9 Typetilfeller

For å kunne peke på betydningen av kravet til hyppighet og omfang som gjøres gjeldende vil det kunne være hensiktsmessige å peke på noen typetilfeller.

3.9.1 Betydningen av praksisarbeid

Et eksempel hvor tilknytningsvilkåret vil ha betydning er tilfeller hvor arbeidstaker i utgangspunktet er ansatt i stilling etter § 14-9 (1) bokstav c eller d, og dessuten påtar seg arbeid ut over dette avtale arbeidet. Det rettslige spørsmålet som kan stilles i slike tilfeller er hvorvidt en arbeidstaker kan opparbeide seg rettigheter til fast ansettelse for den delen av arbeidet som faller utenfor det som på forhånd er avtalt etter § 14-9 (1) bokstav c eller d, og i så fall hvilken betydning det har for denne vurderingen at arbeidstaker er tilknyttet til arbeidsgiver gjennom den opprinnelige stillingen. Vil man her kunne opparbeide seg rettigheter selv om ekstravaktene bærer preg av tilfeldig og lite sammenhengende arbeid, på bakgrunn av at arbeidstaker allerede har en tilknytning til arbeidsgiver gjennom praksisstillingen eller arbeidsmarkedstiltaket?

Det ble i mai 2009 avsagt dom hvor dette var realiteten i faktum⁴³. Det bemerkes innledningsvis at denne dommen er avsagt med dissens 3-2.

I denne saken var det snakk om en arbeidstaker som over flere år hadde vært ansatt i flere ulike midlertidige stillinger. Arbeidstaker hadde i denne saken vært ansatt i midlertidige stillinger fra 2001 til 2006 hvo han ble sykemeldt. Den første perioden, fra oktober 2001 til

⁴³ Rt-2009-578

mars 2003, var han hospitant ved Sanderud sykehus som følge av et omskoleringstiltak i regi av Aetat⁴⁴ som også betalte for dette engasjementet. I denne perioden jobbet han i tillegg til den opprinnelige hospiteringen, også noe overtid og påtok seg dessuten ekstravakter ut over det som lå til grunn i hospiteringsavtalen. Dette arbeidet ble lønnet av Sanderud sykehus.

I perioden april 2003 og ut 2004 utdannet han seg som hjelpepleier. Ved siden av studiet påtok han seg ekstravakter ved sykehuset. Disse ekstravaktene tilsvarte ca 38 prosent stilling i 2003 og 41 prosent stilling i 2004.

Etter at han fikk sin autorisasjon som hjelpepleier økte omfanget av ekstravakter, og han var dessuten i en periode ansatt i et 100 prosent vikariat.

I januar 2006 begynte han et tverrfaglig deltidsstudium i psykiatri. Som en del av denne utdannelsen ble han ansatt i et vikariat på 50 % stilling ved sykehuset for å oppfylle utdannelsens praksiskrav. Dette vikariatet ble budsjettert med løpende vikarmidler.

Av denne dommen oppstod det to rettslige vurderinger som er særlig relevant for temaet knyttet til denne oppgaven. Det første spørsmålet er knyttet til vurderingen om hvorvidt de sporadiske overtid og ekstravaktene oppfylte kravet til "sammenhengende" slik § 14-9 (5) oppstiller. Det er på det rene at hospiteringsforholdet faller utenfor § 14-9 (5). Dermed må det foretas vurdering på hvorvidt ekstravaktene og overtiden kan oppfylle kravet til sammenheng, enten ved å se på disse i tilknytning til hospiteringsstillingen eller isolert. Høyesterett uttalte følgende om denne problemstillingen:

"Påfølgende midlertidige ansettelser skal vurderes samlet dersom kravet til «sammenhengende» midlertidig ansettelse er oppfylt. Jeg finner ikke grunn til å gå nærmere inn på spørsmålet om det aktuelle overtidsarbeidet og ekstravaktene hadde tilstrekkelig omfang og hyppighet til å anses som sammenhengende arbeid på eget grunnlag. Avgjørende for meg er at arbeidet ikke kan vurderes løsrevet fra hospiteringen.

⁴⁴ Aetat er nå en del av organisasjonen NAV

Overtidsarbeidet - som skjedde 16 ganger i løpet av ett og et halvt år med inntil to og en halv time hver gang - ble utført direkte i forlengelsen av hospiteringsarbeidet, og jeg finner det klart at dette må anses som en del av hospiteringen. De 35 ekstravaktene kom tilfeldig og spredt, og jeg kan ikke se at det var et tilstrekkelig fast mønster i vaktene til at annet enn hospiteringen var grunnlaget for dette arbeidet.”

Av dette fremgår det at Høyesterett legger til grunn at disse ekstravaktene og overtiden er en del av hospiteringsarbeidet, og dermed oppfylles ikke vilkårene i § 14-9 (5).

Høyesterett velger dessuten å ikke gå inn på hvorvidt disse ekstravaktene og overtiden isolert sett kan medføre opptjening av rettigheter. Av dommen heter det at ekstravaktene kom ”tilfeldig og spredt” og ikke har tilstrekkelig omfang og hyppighet til at de kan vurderes løsrevet fra hospiteringen, og at dette tydelig er et moment som taler mot tilstrekkelig sammenheng. Høyesterett presiserer dessuten at det avgjørende ved denne vurderingen er at dette arbeidet ikke kan vurderes løsrevet fra hospiteringen.

Når det gjaldt ekstravaktene ved siden av studiet gjorde Høyesterett det klart at disse måtte være å anse som en del av opptjeningsgrunnlaget. Dette var dog ubestridt fra partene, og var ikke gjenstand for noen omfattende drøfting i dommen.

I lys av Sykehuset Innlandet-dommen er det derfor interessant å drøfte hvilket resultat Høyesterett hadde kommet til dersom hospiteringen ikke hadde funnet sted, og hvor man måtte foreta en isolert vurdering av hvorvidt ekstravaktene og overtiden alene ville oppfylt kravet om tilstrekkelig hyppighet og omfang.

3.9.1.1 "Ekstrahjelpers" rettsstilling etter fireårsregelen

Et spørsmål som kan stilles i lys av Sykehuset Innlandet-dommen er hvorvidt resultatet hadde blitt det samme dersom hospiteringen ikke hadde eksistert, og ekstravaktene isolert hadde vært eneste vurderingsgrunnlag. I hvilken grad har "ekstrahjelpers" og "ringevikarer" rett på rettsvern i form av opptjent rett til fast stilling etter fireårsregelen på lik linje med andre midlertidige ansatte?

I denne forbindelse må man se på drøftelsene slik de fremgår over i punkt 3. Av dette fremgår det at arbeid av lavt omfang ikke ubetinget bør medføre at man mister rettigheter til opptjening etter fireårsregelen. En slik praksis ville uansett være i strid med diskrimineringsforbudet av midlertidige ansatte slik det fremgår av bestemmelsene i Arbeidsmiljølovens kapittel 13. Arbeidets hyppighet vil som utgangspunkt trolig være et betydelig mer tungtveiende vilkår for hvorvidt slike rettigheter skal kunne opptjenes.

Dersom man legger til grunn faktum fra Sykehuset Innlandet-dommen, men ser bort fra hospiteringen sitter man igjen med 35 ekstravakter i løpet av en periode på ca 1,5 år. Siden det i forarbeidene slås fast at vurderinger knyttet til hvorvidt sammenhengsvilkåret skal bero på en totalvurdering av arbeidsforholdet⁴⁵, vil et vesentlig poeng i denne sammenheng være hvilket avtaleforhold som ligger til grunn mellom. Da dette her fremstår som uklart, vil det kun være hensiktsmessig opptegne noen ulike tenkte tilfeller.

Dersom det ikke foreligger noen klare avtaler mellom arbeidstaker og arbeidsgiver vil man kunne argumentere for at ekstravaktene er å anse som enkeltstående oppdrag som ikke medfører rett til opptjening til fast stilling etter fireårsregelen.

På den andre siden kan det for slike tilfeller slås fast at arbeidsmiljøloven oppstiller krav til skriftlig arbeidsavtale mellom arbeidstaker og arbeidsgiver, og ansvaret for dette påhviler

⁴⁵ Ot. Prp. nr. 49 (2004-2005) s. 219

arbeidsgiver⁴⁶. Dette kan tale for at i slike tilfeller vil hensynet til arbeidstakers forutberegnelighet og sikre arbeidsvilkår, medføre at ekstravakter uten reguleringer i arbeidskontrakt anses som arbeidsgivers risiko. Denne risikoen vil kunne innebære at arbeidstaker, foruten å uansett ha det grunnleggende vernet som reglene i arbeidsmiljøloven gir arbeidstakere uten lovlig arbeidskontrakt, også må anses å oppfylle vilkårene som kreves for opptjening av fast stilling etter fireårsregelen. En slik tolkning av slike tilfeller vil neppe kunne anses svært urimelig, da det for de aller fleste tilfeller fra arbeidsgivers side med enkelhet kunne vært unngått gjennom ordnede arbeidsavtaler dersom et slikt resultat ikke var ønskelig.

Videre kan det tenkes slike tilfeller som drøftet i punkt 3.8 over, hvor det kun foreligger en "rammeavtale" mellom arbeidsgiver og arbeidstaker som tilsier at arbeidstaker kun skal jobbe etter arbeidsgivers behov.

For slike tilfeller vil man kunne hevde at omfangskravet vil få en større vekt for vurderinger av hvorvidt man skal kunne opptjene rettigheter til fast ansettelse etter fireårsregelen. Dersom man hadde lagt hovedvekt på hyppighetskravet slik det fremgår av hoveddrøftelsen over, vil disse tilfellene falle utenfor lovens omfang. Dette vil i stor grad kunne medføre utstrakt bruk av "lufting" av midlertidige ansatte "ekstrahjelpere" og "ringevikarer".

For disse tilfellene vil omfangskravet altså få en større betydning, ikke bare for utmålingen av hvilken stilling man har opptjent rettigheter til, men også for hvorvidt man har krav på å opptjene de rettigheter man får av fireårsregelen.

For slike rammeavtaler vil det være arbeidsgiver som ensidig kan disponere arbeidstakeren slik han selv ønsker. Dersom hyppighetskravet i slike tilfeller skulle ha størst betydning, ville dette trolig medføre at ingen midlertidige ansatte som har inngått rammeavtaler om ekstravakter i praksis vil få rett til fast stilling etter fireårsregelen. Arbeidsgiver vil med enkelhet, og fullt lovlig, i en periode ikke tilby arbeidstakeren vakter slik at hyppighetsvilkåret ikke anses oppfylt.

⁴⁶ Arbeidsmiljøloven § 14-5

Dersom fireårsregelen skal oppnå sin intensjon for slike tilfeller, vil det være naturlig å legge større betydning i omfangskravet.

Lovens intensjon er å sikre de arbeidstakere som kan vise til en viss tilknytning til arbeidsgiver over en fireårsperiode rett til fast stilling i den stillingen arbeidstakeren har hatt midlertidig.

Vesentlig for denne vurderingen vil altså være i hvilket omfang arbeidstakeren faktisk har jobbet når han/hun har blitt tilkalt. Det vil ikke nødvendigvis være av like stor betydning hvilken hyppighet dette arbeidet har hatt, slik det normalt ville blitt vektlagt ved vurderingen av hvorvidt sammenhengskravet i fireårsregelen anses oppfylt.

3.9.2 Betydningen av deltidsstilling for opptjening etter § 14-9 (5)

Et annet praktisk eksempel som vil være relevant for mange arbeidstakere er i hvilken grad man kan gjøre krav på utvidet deltidsstilling som følge av opparbeidede rettigheter etter § 14-9 (5).

Innenfor mange sektorer i arbeidslivet finnes det en utstrakt bruk av deltidsansatte på lavere stillingsprosent enn fulltidsstilling (100 %). I mange av disse sektorene er det dessuten en forholdsvis fast og konstant fraværsprosent, noe som skaper et underskudd på arbeidskraft. Vanlig praksis for mange bedrifter er at deltidsansatte blir tilbudt ekstravakter og overtid ut over sin faste stillingsprosent. Dette kan medføre at enkelte arbeidstakere over lengre perioder i realiteten arbeider tilsvarende en langt høyere stillingsprosent enn den han/hun formelt har.

Spørsmålet som kan stilles i slike tilfeller er i hvilken grad slike arbeidstakere kan gjøre krav på å få utvidet sin deltidsstilling som følge av at han/hun frivillig har jobbet ut over sin stillingsprosent, og dermed har opparbeidet seg rettigheter etter § 14-9 (5).

På tross av at det etter § 14-3 og en rekke tariffavtaler fremgår at deltidsansatte har rett til utvidet stilling, stilles det i det følgende spørsmål hvorvidt fireårsregelen

Videre kan det stilles spørsmål hvilken betydning den opprinnelige deltidsstillingen har for eventuell opparbeidelse av slike rettigheter.

Det er grunn til å tro at tilgangen til ekstravakter innenfor mange bedrifter er svært stor. I det følgende vil det derfor presiseres at drøftelsene vil baseres på de tilfeller hvor det foreligger en konstant fraværsprosent, og at vilkårene for å ansette midlertidig ekstern arbeidskraft etter § 14-9 foreligger.

Mange arbeidstakere tildeler ekstravakter til eksisterende arbeidstakere, i stedet for å ansette ekstra arbeidstakere for å dekke opp for internt fravær eller liknende. Av § 14-3, og en rekke tariffavtaler, fremgår det at deltidsansatte har krav på fortrinnsrett til utvidet stilling fremfor at det ansettes nye arbeidstakere.

Reglene om deltidsansattes fortrinnsrett medfører ikke at den deltidsansatte har rett på fast utvidet stilling dersom det oppstår behov for midlertidig arbeidskraft i bedriften.

Fortrinnsrettsbestemmelsen tilsier kun at det er den deltidsansatte som har krav på å bli tilbudt merarbeid, fremfor at det ansettes utenforstående. Dette medfører at den deltidsansatte etter disse bestemmelsene også har fortrinnsrett på å bli tildelt midlertidig arbeid dersom bedriften har et slikt behov.

Dersom den deltidsansatte blir tildelt ekstravakter ut over sin faste deltidsstilling, tilsier dette at det vil være naturlig å se på disse deltidsansatte som midlertidig ansatte for den del som jobbes ut over deres normale deltidsstilling. Bakgrunnen for slik bruk vil også i mange tilfeller være begrunnet i bekvemmelighets- og praktiske hensyn fra arbeidsgivers siden, men det er også grunn til å tro at mange arbeidstakere også har ønske om å jobbe ut over sin faste stilling. Særlig i helsesektoren er det en svært utstrakt bruk med faste ansatte på lave stillingsprosjenter, og ofte er tilgangen til ekstravakter pga andres fravær svært stor⁴⁷.

⁴⁷ Prop. 104 L (2009-2010) s. 1

I slike tilfeller kan det være relevant å trekke paralleller til Sykehuset Innlandet-dommen, hvor dette temaet kom på spisse med den ene forskjellen at det i det tilfellet var snakk om hospitering, mot fast deltidsstilling i dette tenkte typetilfellet.

I Sykehuset Innlandet-dommen fremgår det klart av premiss 69 at *”De 35 ekstravaktene kom tilfeldig og spredt, og jeg kan ikke se at det var et tilstrekkelig fast mønster i vaktene til at annet enn hospiteringen var grunnlaget for dette arbeide”*. Dersom man skulle trekke denne konklusjonen direkte over til tilfeller hvor det er deltidsarbeid som ligger til grunn, og ikke hospitering, vil dette tilsi at frivillig merarbeid må være å anse som en del av den opprinnelige deltidsstillingen.

En slik løsning vil trolig ikke være direkte overførbar, og det er tvilsomt at resultatet ville være det samme. Dersom man derimot hadde forutsatt at samme løsning skulle ligge til grunn; at ekstravaktene er å anse som en del av deltidsstillingen, vil det vanskelig kunne argumenteres mot at deltidsstillingens opprinnelige stillingsprosent vil måtte utvides som følge av at arbeidstaker i realiteten har jobbet mer enn det som opprinnelig er avtalt over lengre tid. Utvidelse av stilling på slikt grunnlag vil ikke være som en direkte følge av bestemmelsene i fireårsregelen, men vil kunne utledes fra den ulovfestede lære som blitt slått fast gjennom Statfjorddommen⁴⁸ og Ambulansedommen⁴⁹. Her slås det fast at man kan gjøre gjeldende krav på fast ansettelse dersom man er ansatt midlertidig, og man kan godtgjøre at vilkårene for midlertidig ansettelse ikke lenger foreligger på grunnlag av permanent behov for arbeidskraft. Noen ytterligere problematisering knyttet til dette vil ikke bli gjort i denne oppgaven, da det faller utenfor dens problemstilling.

Det må videre presiseres at det for disse tilfeller forutsettes at de ikke omfattes av overtidsbestemmelsene, og spørsmål knyttet til dette. Det er her snakk om frivillige vakter som tilbys fra arbeidsgiver til deltidsansatte som merarbeid. At vaktene tilbys frivillig er her av vesentlig betydning.

⁴⁸ Rt-1989-1116

⁴⁹ Rt-2006-1158

Spørsmålet som videre kan stilles dersom dette skulle bli resultatet, er da hvorvidt det faktisk foreligger et krav om hyppighet og omfang i de tilfeller hvor arbeidstaker har en deltidsstilling i bunn. I Sykehuset Innlandet-dommen argumenteres det mot at ekstravaktene gir rett til opptjening, og at disse er å anse som en del av hospiteringen. Dersom tilsvarende argumentasjon skal brukes i deltids-tilfellet vil det endelige resultatet i utgangspunktet bli det samme; dersom de midlertidige ekstravaktene er å anse som en del av deltidsstillingen på grunn av at de isolert ikke har tilstrekkelig omfang og hyppighet, vil man kunne gjøre krav på utvidet stilling som følge av den ulovfestede lære. Dersom de har tilstrekkelig omfang og hyppighet til at de isolert kan sies å opptjene rettigheter etter fireårsregelen, vil dette også medføre at arbeidstaker får utvidet sin opprinnelige stilling.

Konklusjonen her blir derfor at dersom arbeidstaker kan godtgjøre at han/hun over tid har påtatt seg ekstravakter i et slikt omfang at den reelle stillingsprosenten arbeidstakeren har jobbet har vært langt større enn den opprinnelige avtalte faste deltidsstillingen som ligger til grunn for arbeidsforholdet, kan det kreves rett på fast utvidet stilling med hjemmel i fireårsregelen. For rett på slik opptjening forutsettes at de øvrige vilkårene for rett til fast ansettelse etter fireårsregelen foreligger, dog med redusert betydning av hyppighetskravet jf. drøftelsene over.

Når det gjelder vurderinger knyttet til størrelsen på den utvidede stillingen arbeidstakeren vil kunne gjøre krav på, vil det være opp til domstolene å avgjøre hvilke momenter som skal ilegges vekt ved fastsettingen av dette.

4 Oppsummering og avslutning

Som drøftet over er det forholdsvis klart at det pr i dag eksisterer et krav om både omfang og hyppighet i arbeidsforholdet for at man skal opptjene rettigheter etter fireårsregelen. Selv om grensene hittil ikke er trukket klart i rettspraksis, og at det før det skjer vil være vanskelig å si noe konkret om hvor grensene vil være, kan det være hensiktsmessig å gi noen synspunkter på hvordan grensene bør trekkes ut fra drøftelsene over.

Selv om både arbeidsmiljøloven og selve fireårsregelen bygger på et klart hensyn om å ivareta arbeidstakers rettigheter på en best mulig måte er det ikke dermed sagt at dette må medføre at grensene for oppfyllelse av omfangskravet og hyppighetskravet legges på et absolutt minimum. Tvert imot kan det argumenteres for at det bør foreligge en form for et klart definert minstekrav før disse oppfylles.

For det første vil man kunne argumentere for at i de tilfeller hvor kravet til hyppighet og omfang er av en så vesentlig betydning, at dette alene avgjør hvorvidt arbeidstaker kan gjøre krav på fast ansettelse etter fireårsregelen, vil det i stor grad være snakk om tilfeller hvor arbeidstaker selv ønsker en stilling av slik karakter. En gruppe som fort kan rammes av dette er studenter som har midlertidige ekstrajobber under studier. For de fleste av disse vil opptjening av rettigheter etter fireårsregelen være av liten betydning. De fleste vil trolig anse jobben som midlertidig, og de vil i svært få tilfeller være et stort ønske om å kunne få en fast og langvarig stilling i et slikt arbeidsforhold.

Derimot kan det klart tenkes at det også finnes en rekke arbeidstakere i denne typen stillinger som har et klart ønske og behov for den sikkerhet en fast stilling medfører. En høy terskel for å kunne opptjene rettigheter etter fireårsregelen vil medføre at disse faller utenfor bestemmelsen, og dermed befinner seg i et "tomrom" hva gjelder et sterkt arbeidstakervern etter arbeidsmiljølovens bestemmelser. Det er også viktig å påpeke at dette trolig også vil være i strid med diskrimineringsbestemmelsene i arbeidsmiljølovens kapittel 13, som blant annet omhandler diskriminering av midlertidig ansatte.

For det andre kan det stilles spørsmål hvorvidt det er slike grensetilfeller fireårsregelen har til hensikt å gi rettsvern. Av forarbeidene fremgår det at hensynene bak reglene om midlertidig ansatte har til hensikt å sørge for at arbeidstakere blir sikret stabile og forutsigbare arbeidsforhold. I denne sammenheng legges det vekt på betydningen av sikre arbeidsforhold, særlig i forbindelse med arbeidstakeres forsørgelsesbyrder og stabil privat økonomi.

For de tilfellene hvor omfangskravet og hyppighetskravet kommer på spissen vil disse hensynene ikke i like stor grad kunne gjøres gjeldende. Dersom en arbeidstaker har jobbet midlertidig som ekstrahjelp i en stilling hvor arbeidet har vært av en slik karakter at det er omdiskutert hvorvidt disse kravene er oppfylt vil det vanskelig kunne argumenteres for at denne stillingen er av en klart avgjørende betydning for dennes privatøkonomi og forsørgerbyrde. Trolig vil det i de fleste slike tilfeller være snakk om ekstra arbeid for å spe på en annen hovedinntektskilde. Dette kan for eksempel være studenter som ønsker å få noe ekstra inntekt i tillegg til studielån, nordsjøarbeidere som ønsker en ekstra bi-inntekt i perioder man har fri i henhold til turnus osv. Felles for disse er at denne ekstraintekten ikke utgjør eksistensgrunnlaget for arbeidstakeren, da inntekten primært kommer fra andre kilder. Dette kan indikere at behovet for å sikre disse arbeidstakerne basert på de hensynene som gjøres gjeldende i forarbeidene i mange tilfeller ikke eksisterer.

På den andre siden påpekes det at ”ekstrahjelper” og ”ringevikarer” er en tilsetningsform som innenfor visse bransjer er svært utbredt, og det kan være et stort behov for klarere reguleringer av disse tilsetningsformene⁵⁰. En økt/høy terskel vil for en rekke arbeidstakere gi en uforutsigbar og lite anvendelig regel, noe som strider mot formålene bak arbeidsmiljølovens utgangspunkt.

I denne forbindelse må det påpekes at de tilfeller det her er snakk om gjelder dette stillinger hvor arbeidstaker ikke har annen tilknytning til arbeidet enn gjennom midlertidig ansettelse. Den samme argumentasjonen kan ikke i like stor grad gjøres gjeldende i andre kombinasjonstilfeller, som for eksempel i de tilfeller hvor arbeidstaker har en fast

⁵⁰ Prop. 104 L (2009-2010) s. 1

deltidsstilling i tillegg til midlertidig arbeid hos samme arbeidsgiver. I de tilfellene hvor det midlertidige arbeidet i en eller annen form kan relateres til annet arbeid i bedriften vil det trolig oftere være behov for å sikre arbeidstakere etter de grunnlag som ligger til grunn for bestemmelsens formål.

For alle tilfeller vil det uansett være av stor verdi å få et klart og forutsigbart regelverk knyttet til bestemmelser om midlertidig ansettelse. Hva angår rammene for rett opptjening etter fireårsregelen er det slik dagens regelverk foreligger opp til rettsapparatet å i større grad fastsette hvilke vekt de ulike vilkårene har, og betydningen av disse.

Som for hovedkravet til ”sammenheng” vil det også for hyppighetskravet og omfangskravet være vanskelig, om ikke umulig, å fastsette klare grenser for hvilke krav som skal stilles for rett til opptjening etter fireårsregelen. Siden bestemmelsen dekker et så vidt spenn av ulike former for midlertidig ansettelser vil det være mest nærliggende å konkretisere vektingen av kravene, og fremdeles forutsette at vurderinger hvorvidt rett til opptjening etter fireårsregelen foreligger eller ikke bør bero på en totalvurdering av hele ansettelsesforholdet.

5 Kilder

5.1 Litteraturliste

Borgerud, Ingeborg Moen. *Kommentar til arbeidsmiljøloven*. I: Norsk Lovkommentar. Rettsdata.no. 2009. Note 493.

Søreide, Christel. *Midlertidig ansattes rett til fast stilling etter fireårsregelen*. I: Tidskriftet Arbeidsrett. Vol. VI, nr. 3, 2009.

5.2 Lovregister

1977 Lov om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v. (arbeidsmiljøloven) av 4. februar nr. 4 (opphevet).

1983 Lov om statens tjenestemenn m.m. (tjenestemannsloven) av 4. mars nr. 3.

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven) av 17. juni nr. 62.

5.3 Direktiv

1997/81/EF Rådskolektiv av 15. desember 1997 om rammeavtalen om deltidsarbeid (Deltidsdirektivet) .

1999/70/EF Rådets direktiv av 28. juni 1999 om rammeaftalen vedrørende idsbegrænset ansættelse.

5.4 Forarbeider

NOU 2004:5 Arbeidslivslovutvalget. Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Ot.prp. nr. 50 (1993-1994)

Om lov om endringer i lov 4 februar 1977 nr 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v

Ot.prp. nr. 12 (2002-2003)

Om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering og lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø mv.

Ot. prp. nr. 49 (2004-2005)

Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Prop. 104 L (2009-2010)

Endringer i arbeidsmiljøloven (midlertidig ansettelse mv.).

Innst. O. nr. 2 (1994-1995)

Innstilling fra kommunalkomiteen om lov om endringer i lov av 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Innst. O. nr. 34 (2003-2004)

Innstilling frå kommunalkomiteen om lov om endringer i lov 28. februar 1997 nr. 19 om folketrygd, lov 6. mai 1988 nr. 22 om lønnsplikt under permittering og lov 4. februar 1977 nr. 4 om arbeidervern og arbeidsmiljø m.v.

Høringsbrev av 17.06.2009. Arbeids- og inkluderingsdepartementet.

Høring om endringer i arbeidsmiljølovens bestemmelse om midlertidig ansettelse –
tilkallingsvakter mv.

5.5 Rettspraksis

5.5.1 Høyesterettsdommer

| | |
|--------------|-----------------------|
| Rt-1989-1116 | (Statfjord) |
| Rt-2006-1158 | (Ambulansetjeneste) |
| Rt-2009-578 | (Sykehuset Innlandet) |

